



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO ANALÓGICA
DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS AOS CRIMES
PREVISTOS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL.**

RAMON GARCIA DUSI

Brasília, julho de 2014.

RAMON GARCIA DUSI

A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO ANALÓGICA
DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS AOS CRIMES
PREVISTOS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL.

Monografia apresentada ao final do curso de
graduação em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. Beatriz Vargas Ramos
Gonçalves de Rezende

Brasília, julho de 2014.

FICHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Brasília por Ramon Garcia Dusi, intitulado **A inconstitucionalidade da aplicação analógica da pena do crime de tráfico de drogas aos crimes previstos no artigo 273 do Código Penal** e considerado aprovado pela banca examinadora.

Orientadora: Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

Membro: Professora Doutora Camila Cardoso de Mello Prando

Membro: Mestrando Rafael de Deus Garcia

Membro: Mestrando Johnatan Razen Ferreira Guimarães (Suplente)

Brasília, julho de 2014.

Aos meus pais, à minha irmã e à Eleonora.

RESUMO

A inflação legislativa, fenômeno marcante na realidade legislativa brasileira, representa um desafio para os aplicadores do direito. Mais especificamente no que se tange à produção legislativa na seara criminal, observa-se uma tendência de recrudescimento das penas e de criação de novas tipificações. Nesse contexto, foi elaborada a Lei n.º 9.677/98 a qual foi responsável pela alteração dos artigos 272 e seguintes, integrantes do Capítulo dos Crimes contra a Saúde Pública do Código Penal. A partir da vigência da referida lei, o artigo 273, §1º e §1º-B, inciso I, do Código Penal, passou a tipificar a conduta de importação de medicamentos sem a autorização do órgão sanitário competente, cominando a pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão. Constatada a desproporcionalidade da referida norma e declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da pena do artigo 273, os tribunais passaram a decidir, utilizando a analogia, pela aplicação da pena do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06) quando da condenação pela importação irregular de medicamentos. A partir disso, será defendido que a medida mais correta é a desclassificação da conduta, enquadrando-a no crime de contrabando previsto no artigo 334 do Código Penal, já que não se pode criar novos tipos penais a partir da analogia e que a declaração de inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma.

Palavras-chave: importação; medicamentos; inconstitucionalidade; analogia; tráfico; drogas; contrabando.

ABSTRACT

The legislative inflation, a remarkable phenomenon in the Brazilian legislative reality, represents a challenge for law enforcers. More specifically in relation to the legislative process in the criminal area, there is a tendency to recrudescence of punishment and creating new typifications. In this context, the Law n. ° 9.677/98 was created. This law amended the Articles 272 and following ones, members of the Chapter on Crimes against Public Health of the Penal Code. After that law became valid, Article 273, § 1 and § 1-B, section I of the Criminal Code, started to criminalize the import of drugs without the permission of the competent sanitary agency, leading from 10 (ten) to 15 (fifteen) years imprisonment. Observed the disproportionality of the law and incidentally declaring it unconstitutional, the courts began to decide, using the analogy, for the application of the penalty for drug trafficking (art. 33 of Law 11.343/06) when sentencing the unlawful importation of drugs. From this, it will be argued that the most accurate measure is the declassification of conduct, framing it in a smuggling offense under Article 334 of the Criminal Code, since new crimes can not be created from analogy and that the statement of unconstitutionality shall cause the annulment of the law.

Keywords: import; drugs; unconstitutionality; analogy; traffic; drug; smuggling.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CAPÍTULO 1	
1.1. Delimitação do problema.	11
1.2. Retrospectiva legislativa.	13
1.2.1. Contexto de propositura, discussão e aprovação da Lei n. 9.677/98	13
1.2.2. A repercussão da aprovação da Lei n.º 9.677/98 no Congresso Nacional	18
1.2.3. Inclusão no rol dos crimes hediondos	19
2. CAPÍTULO 2	
2.1 – A influência da mídia nas justificativas parlamentares.	20
2.1.1 – O domínio da televisão e a convicção dos legisladores.	20
2.1.2. – A formação da opinião parlamentar na seara criminal.	23
2.1.3 – Críticas à ausência de técnica legislativa.	26
2.2 – O marco firmado pela Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90) na política criminal brasileira.	29
2.3 – Considerações gerais.	31
3. CAPÍTULO 3	
3.1 – Princípio da proporcionalidade.	33
3.1.1 – Controle de constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade.	33
3.1.2 – O princípio da proporcionalidade e a intervenção do Poder Judiciário.	35

3.1.3 – O princípio da proporcionalidade na prática.	37
---	-----------

CAPÍTULO 4

4.1 – O controle constitucional exercido pelos tribunais quando da incidência do artigo 273, § 1º e § 1º-B, inciso I, do Código Penal.	39
4.2 – Utilização da pena do crime de tráfico de drogas.	42

CAPÍTULO 5

5.1 – Impossibilidade da criação de um novo tipo penal.	47
5.2 – Críticas à utilização da pena do crime de tráfico de drogas	50
5.2.1 - Nulidade do ato normativo em decorrência da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal	50
5.2.2 - Incidência dos princípios penais e a impossibilidade da aplicação da pena do artigo 33 da Lei de Drogas	54
5.3 – Importação de medicamentos sem autorização dos órgãos de vigilância sanitária como típica do artigo 334 do Código Penal.	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

A importação de medicamentos voltou à pauta nacional recentemente. Remédios formulados a partir de substâncias proibidas pela Anvisa passaram a ser utilizados em tratamento de diversos transtornos com respostas satisfatórias para os pacientes^{1 2}. A ausência de autorização para comercialização no Brasil colocou na mira das autoridades policiais os responsáveis pela internalização das drogas.

Em 1998, a partir da Lei n.º 9.677/98, ocorreram modificações no rol de crimes contra a saúde pública elencados no Código Penal. Entre as alterações estava a inclusão, como fato típico, da conduta de importar medicamentos sem a autorização do órgão de fiscalização.

A Lei n.º 9.677/98 foi elaborada em um momento de grande comoção nacional e de grande pressão da opinião pública³ por respostas imediatas aos casos amplamente relatados pela mídia⁴. Os grandes meios de comunicação, especialmente a televisão, noticiavam a comercialização de medicamentos falsificados, adulterados, e até mesmo de pílulas contendo farinha, também conhecidas como pílulas de placebo.

¹ “Morreu em Brasília neste domingo (1º) [01.06.2014] o menino Gustavo Guedes, de 1 ano e 4 meses, vítima de

² “A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) adiou a decisão sobre o processo de importação de medicamentos à base de canabidiol, substância encontrada na maconha.

Uma reunião da Diretoria Colegiada do órgão, em Brasília, nesta quinta-feira (29) [29.05.2014], deveria decidir se o canabidiol seria retirado da lista de substâncias de uso proscrito e entrar para a lista de substâncias de controle especial (comercializado com receita médica de duas vias). (...) De acordo com o casal, o medicamento reduziu as crises de convulsões e trouxe mais qualidade à vida da menina. “O remédio diminui significativamente as convulsões da Anny. Quando ela deixa de fazer o uso do canabidiol, as crises voltam”, disse o pai. “O canabidiol devolveu a qualidade de vida da Anny. Ela agora come, se movimenta. Ela não fazia nada disso”, completa a mãe”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/05/anvisa-adia-decisao-sobre-importacao-de-remedio-base-de-maconha.html>>. Acesso em 30 maio 2014.

³ “Mais complexo é o caso da chamada ‘máfia dos remédios’, série de reportagens sobre a distribuição de medicamentos e anticoncepcionais falsificados, inócuos ou com o prazo de validade vencido, presente em 34 das 72 edições estudadas, em uma sucessão de denúncias, investigações e ações repressivas. Ao contrário dos outros exemplos citados, trata-se de um problema de interesse público (na verdade, quase 20% do tempo catalogado como ‘outras questões de interesse público’ corresponde à ‘máfia dos remédios’) (...). O caso dos medicamentos mereceu a atenção da mídia brasileira durante meses — e se tratava, de fato, de um sério problema de saúde pública. Na verdade, eram várias questões próximas, em geral tratadas em comum: a “máfia dos remédios” propriamente dita, isto é, laboratórios clandestinos que falsificavam remédios, fabricando-os em condições precárias e sem os princípios ativos (ocasionando, por vezes, a morte de pacientes); falhas na fabricação de drogas por companhias farmacêuticas regulares (o episódio mais notável foi o das pílulas anticoncepcionais inócuas, que levaram diversas mulheres à gravidez); farmácias vendendo produtos com data de validade vencida. O bordão ‘máfia dos remédios’, que encabeçava boa parte das reportagens e dava ao assunto um apelo dramático, era inadequado, já que em nenhum momento existiu qualquer evidência de que as contrafações fossem orquestradas por algum grupo organizado.” In MIGUEL, Luis Felipe. Mídia e Eleições: A Campanha de 1998 na Rede Globo. Dados: Revista de Ciências Sociais, Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), vol. 42, n. 2, jan.1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200002#back>. Acesso em: 9 jun. 2014.

⁴ “O paraíso dos remédios falsificados: Como opera a máfia que transformou o Brasil num dos campeões da fraude de medicamentos.” Disponível em: <http://veja.abril.com.br/080798/p_040.html>. Acesso em 9 junho 2014.

Durante esse período, o Congresso Nacional foi assolado por projetos de lei que versavam sobre o tema e que tinham dois objetivos claros: incluir novas tipificações concernentes aos crimes contra a saúde pública e recrudescer as penas já previstas no Código Penal.

Havia, naquele momento, um discurso uníssono que vislumbrava o direito penal como a solução para os problemas sociais enfrentados pelo país, sob a crença de que a intensa atividade legislativa e o agravamento das penas seriam as medidas mais eficazes no controle da criminalidade.

Durante a tramitação dos indigitados projetos de lei, houve pouca discussão sobre o tema no Congresso Nacional. Além dos escassos debates, também não foram analisadas ou requeridas pesquisas sobre o tema. Ao final, as notícias veiculadas nos meios televisivos constituíram a principal, senão única fonte para a formação da opinião dos legisladores sobre o tema.

Como resultado, após pouco mais de 04 (quatro) meses entre a apresentação dos projetos e a sanção presidencial, promulgou-se a Lei n.º 9.677/98, por meio da qual foram inseridas diversas novas condutas no capítulo dos crimes contra a saúde pública (artigo 272 e seguintes do Código Penal).

A lei também foi responsável pelo aumento considerável das penas cominadas para as referidas condutas, ultrapassando as penas previstas para outros crimes bastante graves como homicídio ou tortura, o que desnudou a total ausência de preocupação com a coerência da nova lei em relação ao sistema penal preexistente.

Neste trabalho, pretendeu-se analisar especificamente o crime tratado pelo artigo 273, § 1º e § 1º-B, inciso I, do Código Penal, no qual se enquadra a conduta de importar medicamentos sem a autorização da autoridade sanitária competente.

Nesse ponto, destaca-se que a norma não faz qualquer distinção ou exclusão dos medicamentos cujos efeitos podem ser comprovadamente benéficos. Ora, fato de serem proibidos não permite a rápida conclusão de que são maléficos à saúde. Pelo contrário, torna-se plenamente factível que substâncias proscritas pelos órgãos de controle tenham efeitos positivos graças ao incessante desenvolvimento da medicina.

Desde então, a partir da entrada em vigor da nova norma penal, o Poder Judiciário foi desafiado a lidar na prática com as ações penais nas quais se imputava aos denunciados a prática da referida importação ilícita. Isso porque a pena adotada pelo legislador era manifestamente desproporcional.

Nesse ponto, a solução adotada por parcela da jurisprudência foi a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 273, do Código Penal. Dessa forma, maculou-se a pena do artigo 273, do Código Penal, por violação ao princípio da proporcionalidade e manteve-se incólume o fato típico, o preceito primário da norma. E, quanto à pena a ser aplicada, o Poder Judiciário decidia, através do uso da analogia, pela aplicação da pena prevista para o crime de tráfico de drogas, insculpida no artigo 33, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Diante dessa realidade, este trabalho defende que a solução adotada não é a mais correta, sendo necessário amparar outro entendimento que será justificado por meio da análise dos efeitos do controle de constitucionalidade e da incidência de princípios inerentes ao direito penal.

O estudo será dividido em cinco capítulos. No primeiro, é realizada uma retrospectiva da época de propositura e discussão da Lei n.º 9.677/98, com todas as peculiaridades que envolveram aquele momento.

Ato contínuo, no segundo capítulo são analisados o papel e a influência da mídia na formação da opinião pública e das pautas do Congresso Nacional. Neste mesmo capítulo, formula-se uma crítica à forma como a política criminal é conduzida pelo parlamento brasileiro.

O terceiro capítulo trata do controle de constitucionalidade conduzido a partir da constatação de violação ao princípio da proporcionalidade. Ademais, apresenta-se (i) a necessidade de precaução do Poder Judiciário na condução desta revisão constitucional para evitar qualquer usurpação da atividade legislativa, como também (ii) a forma como se dará este controle judicial na prática.

No quarto capítulo, discorre-se sobre o entendimento perfilhado pela jurisprudência para contornar o vício de inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º e § 1º-B, inciso I, do Código Penal: a declaração de inconstitucionalidade exclusiva do preceito secundário da citada norma com a aplicação analógica da pena do artigo 33, da Lei de Drogas.

E, finalmente, no quinto capítulo, pretende-se demonstrar que a medida mais correta é a desclassificação da conduta criminosa, amoldando-a ao crime de contrabando, previsto no artigo 334 do Código Penal, tendo em vista que (i) a declaração de inconstitucionalidade da pena do art. 273, § 1º e § 1º-B, inciso I, do Código Penal, acarreta a nulidade da norma, e (ii) os princípios penais não permitem a utilização da analogia para criar novas tipificações.

CAPÍTULO 1

1.1 – Delimitação do problema.

O presente trabalho objetiva realizar uma análise crítica sobre as decisões exaradas em processos criminais nos quais houve denúncia e persecução penal com base no art. 273, § 1º e § 1º-B, inciso I, do Código Penal. O tipo penal do referido artigo prevê pena de reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos para aquele que importar medicamentos sem o registro no órgão de vigilância sanitária competente:

Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:“(NR)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.(NR)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.(NR)

[...]

§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

Como se verá adiante, os tribunais pátrios, quando se deparam com processos criminais nos quais se discute a tipificação acima citada, declaram incidentalmente a inconstitucionalidade da pena do artigo 273, § 1º e § 1º-B, inciso I, do Código, para, em seguida, aplicar ao fato delituoso a pena prevista para o crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006⁵) em suposta analogia *in bonam partem*, como ocorreu no caso abaixo:

⁵ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.” *In* BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2003. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 06 maio 2014.

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, § 1º-B, INCISOS I, III E VI, DO CP. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO-REGISTRADO PELA ANVISA. PRODUTOS ANABOLIZANTES E REMÉDIOS UTILIZADOS NO TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. [...]. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E HISTÓRICA DA LEI 9.677/98. APLICAÇÃO DAS PENAS PREVISTAS NO ART. 33, DA LEI 11.343/06. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...] 6. Face aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido o rigor excessivo empregado pelo legislador na fixação da pena mínima aplicável aos delitos do art. 273, § 1º e § 1º-B, do CP. A interpretação sistemática da legislação penal conduz à adoção da pena mínima aplicável ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) como parâmetro na dosimetria da pena a ser cominada para o delito em tela. 7. Manutenção da pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa. 6. Apelação parcialmente provida. (TRF-3 - ACR: 2736 SP 2010.61.06.002736-3, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, Data de Julgamento: 14/12/2010, SEGUNDA TURMA)⁶

No mesmo sentido do julgado acima exposto há diversos⁷ outros, os quais serão objeto de análise no momento oportuno.

⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal. (3. Região). Apelação criminal n.º 0002736-35.2010.4.03.6106/SP. Apelantes: Justiça Pública e Daniel Venancio de Paula. Apelados: os mesmos. Relator: Juiz Cortim Guimarães. São Paulo, 14 de dezembro de 2010. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1026368>. Acesso em 30 março 2014.

⁷ Por exemplo: (TRF-4 - ACR: 50054804520124047002 PR 5005480-45.2012.404.7002, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 03/06/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 05/06/2014) Disponível em: < <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122805042/apelacao-criminal-acr-50054804520124047002-pr-5005480-4520124047002>>. (TRF-4 - ACR: 50122419220124047002 PR 5012241-92.2012.404.7002, Relator: Revisora, Data de Julgamento: 08/04/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/04/2014). Disponível em: < <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115740668/apelacao-criminal-acr-50122419220124047002-pr-5012241-9220124047002>>.

Antes, é necessário realizar um breve histórico das ocasiões de proposição, discussão e sanção da Lei n.º 9.677/98, responsável pela alteração dos artigos 272 a 277, do Código Penal, e que, por conseguinte, impeliu ao Poder Judiciário funcionar como “legislador negativo”.

1.2 – Retrospectiva legislativa.

1.2.1 – Contexto de propositura, discussão e aprovação da Lei n.º 9.677/98.

A Lei n.º 9.677/98, sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 02 de julho de 1998 foi objeto do Projeto de Lei n.º 4.642/1998. O referido projeto teve iniciativa do próprio chefe do Poder Executivo e, em suma, pretendeu alterar dispositivos do Código Penal Brasileiro equiparando aos crimes hediondos os crimes contra a saúde pública:

Ementa

Altera dispositivos do capítulo III, título VIII, do Código Penal, relativo aos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências.

Explicação da Ementa

Estende aos crimes de corrupção, falsificação, adulteração ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais (remédios ou medicamentos) as penalidades do crime hediondo⁸.

A tramitação do Projeto de Lei n.º 4.642/98, no Congresso Nacional, sucedeu-se de forma diferenciada, pois, conforme entendimento do plenário da Câmara dos Deputados, deveria ser apensado ao Projeto de Lei n.º 4.207/98, o que foi referendado pela Mesa Diretora.

O Projeto de Lei n.º 4.207/98, de autoria do então Deputado Benedito Domingos (PPB/DF), apresentado em 04 de março de 1998, pretendia a inclusão do crime capitulado no artigo 272, e em seu § 1º, do Código Penal (CPB) no rol dos crimes hediondos, elencados na Lei n.º 8.072/1990:

Altera a redação do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos, o

⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.642/98, de 26 de maio de 1998. Disponível em<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223194>> . Acesso em: 28 abril 2014.

crime de corrupção, adulteração e falsificação de substância alimentícia ou medicinal, expondo a venda, na forma qualificada. (Art. 272 e seu §1º combinado com o art. 285, do Código Penal Brasileiro).⁹

Ressalte-se que, após a apresentação do PL nº 4.207/1998, além daquele proposto pela Presidência da República, foram iniciados outros 07 (sete) projetos de lei¹⁰ com objetivos semelhantes ao formulado inicialmente pelo ex-Deputado Federal Benedito Domingos.

Assim, além do Projeto de Lei de iniciativa do Poder Executivo que pretendia a alteração de dispositivos do Código Penal, todos os 07 (sete) outros projetos foram apensados ao PL n.º 4.207/1998.

As justificativas de todos os projetos se assemelham ao que está disposto no PL n.º 4.561/1998, de autoria do então Deputado Federal Valdir Colatto (PMDB/SC), que defende sua iniciativa sob a alegação de que *“Trata-se de um crime covarde, monstruoso, hediondo, que está a merecer um tratamento legal mais rigoroso, mais severo, a fim de desestimular sua prática e de punir adequadamente tais criminosos.”*¹¹

O autor do Projeto de Lei n.º 4.533, Deputado Federal Elias Murad (PSDB/MG), justifica-o com base no clamor social, e argumenta, num misto de ingenuidade, desconhecimento e populismo, que o endurecimento da pena é suficiente para trazer de volta a paz social:

Causou clamor de toda a sociedade brasileira o fato de quadrilhas especializadas colocarem no mercado de consumo remédios adulterados ou mesmo falsificados, para extraírem vantagens indevidas à custa da saúde e da vida de milhares de cidadãos brasileiros. Não bastassem os frequentes furtos e roubos de medicamentos, colocando em risco aqueles que precisam destes, aparece agora mais esta hedionda forma de crime. (...). É um absurdo que devemos repudiar de todas as maneiras que estiverem ao nosso alcance. Transformar a conduta prevista no artigo 272 do

⁹ _____. Projeto de Lei nº 4.207/98, de 04 de março de 1998. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219655>>. Acesso em: 28 abril 2014.

¹⁰ PL. 4463/98, PL. 4531/98, PL. 4533/98, PL. 4535/98, PL. 4561/98, PL. 4575/98, PL. 4584/98.

¹¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.561/98, de 27 de maio de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03JUN1998.pdf#page=91>>. Acesso em: 28 abril 2014.

Código Penal, isto é, a de corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal, é uma medida que deve ser tomada com a mais extrema urgência, a fim de que se possa colocar freio a essas práticas de horrendo espectro. Para pôr um basta a esta situação de descalabro, de desrespeito à pessoa humana, é que conto com a aprovação dos ilustres pares para esta nossa proposta.¹²

Para o então Deputado Federal Roberto Valadão (PMDB/ES), autor do Projeto de Lei n.º 4.575/1998, até aquela época o Brasil ainda não havia encontrado solução para a impunidade, já que nem mesmo o legislador constituinte teria sido capaz de solucionar o problema, sendo necessário, portanto, a elaboração de mais leis que endurecessem as penas:

(...) por falta de um eficiente mecanismo para punir os crimes no Brasil, estamos assistindo a uma avalanche de crimes que não são punidos (...). Os tribunais estão cheios de milhares de processos. Infelizmente, até hoje, não se encontrou, nem nossa notável Constituinte, um mecanismo capaz de pôr fim a essa impunidade que assola o País, que maltrata nossa gente, que causa prejuízo internacional ao Brasil, prejuízo de imagem e de toda ordem. (...). Já não tem o remédio da Justiça para punir os crimes; agora a população vai ficar, também, sem o remédio que cura a doença. Sr. Presidente, é preciso pôr um fim nessa questão. E a minha proposta está consubstanciada num projeto de lei que acrescente o inciso VIII ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos. O crime de falsificação de medicamentos, se aprovado meu projeto, nesta Casa de leis, passa a ser crime hediondo.¹³

Finalmente, na sessão de 24 de junho de 1998, na Câmara dos Deputados, os parlamentares analisaram o Projeto de Lei que propunha a alteração nos dispositivos do Capítulo III, título VIII, do Código Penal, relativos aos crimes contra a saúde pública.

¹² BRASIL. Projeto de Lei nº 4.533/98, de 21 de maio de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25AGO1998.pdf#page=117>>. Acesso em: 28 abril 2014.

¹³ _____. Projeto de Lei nº 4.575/98, de 02 de junho de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03JUN1998.pdf#page=91>>. Acesso em: 28 abril 2014.

No que tange ao “contrabando de medicamentos”, tema que será tratado durante o trabalho, os parlamentares afirmaram que:

Registra-se, nessa mesma linha de preocupação, lançamento no mercado brasileiro de produtos importados, sem registro na Secretaria de Vigilância Sanitária deste Ministério, como impõe a lei, quando não são internalizados pelas vias do descaminho, com o agravante de serem anunciados com realce para as suas propriedades miraculosas, sem comprovação científica, induzindo a erro o consumidor e gerando sério risco para a sua saúde.¹⁴

De acordo com os parlamentares, a questão dos crimes contra a saúde pública carecia de “maior precisão técnica”, sendo a alteração legislativa essencial para prevenir a delinquência. Ademais, consideraram a mudança proporcional, como também em consonância com o primado da vida e da saúde:

A matéria fora tratada no Código Penal de 1940, segundo o conhecimento da época, hoje carente de maior precisão técnica, diante da evolução científica e da própria legislação da saúde, bem considerado ainda o crescimento da criminalidade entre nós, a exigir, para reprimi-la eficazmente, penalidade com suficiente poder de intimidação, um clássico instrumento de prevenção da delinquência. (...). Em arremate, enfatize-se a inspiração da medida, em perfeita simetria como preceito constitucional que erige a vida e a saúde no plano mais elevado das conquistas individuais, por isso que seria necessário, para resguardá-las, o estabelecimento de certa proporcionalidade com a sanção prevista para os crimes de homicídio, em sua forma qualificada, (...) ¹⁵

Como agravante, durante a apresentação e discussão do substitutivo do Projeto de Lei n.º 4.207/1998, ao qual foram apensados os demais projetos, o então Deputado Enio Bacci (PDT/RS) defendeu ardorosamente o endurecimento proposto deixando claro que não detinha

¹⁴ BRASIL. Projeto de Lei n.º 4.642/98. Disponível em <
<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03JUN1998.pdf#page=91>>. Acesso em: 28 abril 2014.

¹⁵ Ibidem.

conhecimento algum acerca de dados estatísticos ou de informações sobre a conveniência, necessidade e eficácia da alteração:

Não faz muito tempo uma menina faleceu no Rio de Janeiro, embora tomasse antibiótico na expectativa de curar a infecção que invadira seu corpo. Depois de vinte dias, a criança teve infecção generalizada e não houve como salvar-lhe a vida. _Quantas dezenas ou milhares de vidas foram ceifadas neste País? Há quantos anos a população está à mercê de medicamentos falsificados? Não existem estudos sobre isso, mas deixo no ar esta pergunta: quantas pessoas perderam a vida? Quantos aposentados, idosos e crianças faleceram ou estiveram seriamente adoentados? Quem sabe essas vidas poderiam ter sido salvas, se já tivéssemos criado legislação mais rigorosa como a que esta Casa aprova hoje. Hoje o Parlamento dá resposta imediata à sociedade, que cobra medidas urgentes.¹⁶

Assim, o projeto foi aprovado pelo Senado Federal, e, por conseguinte, sancionado pela Presidência da República, resultando na Lei n.º 9.677¹⁷, de 02 de julho de 1998. A indigitada lei alterou o conteúdo dos artigos 272 a 277, do Código Penal brasileiro, entretanto, para o presente trabalho, interessa apenas o que dispõem os parágrafos 1º e 1º-B, inciso I, do artigo 273, *in verbis*:

[...]

Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: "(NR)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (NR)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (NR)

[...]

¹⁶ BRASIL. Discussão sobre o substitutivo ao Projeto de Lei n.º 4.207/98. Disponível em < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25JUN1998.pdf#page=177>>. Acesso em: 28 abril 2014.

¹⁷ BRASIL. Lei n.º 9.677, de 02 de julho de 1998. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19677.htm>. Acesso em: 28 de abril 2014.

§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

1.2.2 – A repercussão da aprovação da Lei n.º 9.677/98 no Congresso Nacional.

Depois da sanção da Lei n.º 9.677/98, já em 25 de agosto de 1998, a Câmara dos Deputados compôs, durante sessão plenária, uma Comissão Geral para debater o tema “Falsificação de medicamentos no País”, momento em que foram convidados expositores para discursarem acerca da matéria.

Assim, foram ouvidos diversos setores da sociedade, entre representantes de indústrias farmacêuticas, de farmacêuticos, de médicos, assim como o Promotor de Justiça integrante do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), Dr. Rogério Schietti, que, criticou duramente a Lei n.º 9.677/98, demonstrando a completa ausência de proporcionalidade e discernimento parlamentar.

O discurso do membro do MPDFT reverbera a constatação de que não há, por parte dos parlamentares, qualquer reflexão acerca do sistema da legislação penal brasileira, sendo o papel exercido pelo legislador resumido a intervenções pontuais, olvidando-se discussões sobre uma política criminal coerente com a realidade nacional.

As palavras do promotor, sucintamente, apontam as falhas do Congresso Nacional na elaboração da lei que endureceu as penas e equiparou aos crimes hediondos os crimes contra a saúde pública.

De acordo com o membro do *parquet*, os legisladores incutiram no artigo 273, do Código Penal, inúmeras condutas que não guardam relação de proporcionalidade entre si, punindo-as igualmente, o que, para o promotor, gerou “uma das leis mais defeituosas da história brasileira”:

(...) A constatação que fizemos, e que até foi objeto de ensaio publicado num jornal local, é a de que o legislador, a pretexto de corrigir distorções e dar uma resposta à sociedade, errou na dose. (...). Alguma coisa de fato necessitaria ser feita, porque a sociedade evoluiu e as situações são diversas. Mas, nesse afã de dar uma resposta penal à população – perdoem-me os Parlamentares -, o

legislador produziu, no meu modo de ver, uma das leis mais defeituosas da história brasileira do ponto de vista penal. Cito o exemplo já mencionado e que se tornou corrente: hoje a situação daquele que coloca um pouco de água num xampu anticaspa é a mesma daquele que falsifica um remédio contra o câncer. Essas pessoas estarão sujeitas a uma pena mínima de dez anos de reclusão. (...). Vejam a que absurdo chegamos: um crime de homicídio simples, cuja pena é de seis anos de reclusão, será menos gravemente punido do que o de adicionar água a um xampu anticaspa. Tudo porque o legislador incluiu no mesmo artigo do Código Penal – art. 273 - uma série de condutas absolutamente distintas no que diz respeito à gravidade e à nocividade dessas alterações. (...)

Ocorre que, naquele momento, a Lei n.º 9.677/98 já havia sido sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, reduzindo a participação do Dr. Rogério Schietti à mera formalidade, em uma discussão que não traria qualquer resultado prático.

1.2.3 – Inclusão no rol dos crimes hediondos.

Não bastasse a edição da Lei n.º 9.677/98, tramitou em paralelo o Projeto de Lei n.º 4.628/98, de autoria do Deputado Sílvio Abreu (PDT/MG), dispondo sobre crimes hediondos, para incluir o inciso VIII no artigo 1º da Lei n.º 8.072/90¹⁸.

Em sua justificativa¹⁹, os mesmos argumentos e fatos apresentados pelos demais parlamentares, quais sejam, a opinião da mídia, o medo e a necessidade de encrudescimento:

A imprensa de todo o País tem divulgado diariamente a prática de um dos crimes mais covardes, mais perversos, contra a população brasileira: a falsificação de medicamentos. Pessoas portadoras de câncer estão morrendo devido à ingestão de medicamentos falsos, que nada têm a ver com a cura dessa doença. A ausência do

¹⁸ A Lei n.º 9.677/98 apenas equiparou os crimes contra saúde pública aos crimes hediondos, enquanto o Projeto de Lei n.º 4.628/98 pretendia a inclusão destes crimes no rol da Lei de Crimes Hediondos.

¹⁹ BRASIL. Projeto de Lei n.º 4.628/98, de 18 de junho de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19JUN1998.pdf#page=141>>. Acesso em: 30 abril 2014.

remédio correto, eficaz, tem dizimado muitas vidas. Estamos diante de uma máfia especializada, que está praticando um verdadeiro genocídio, exterminando todos os nossos doentes. Este Parlamento não pode permanecer inerte diante dessa barbárie, dessa monstruosidade. Assim, propomos alteração na Lei nº 8.072/90, para tipificar, como crime hediondo, a falsificação de substâncias medicinais, para o que contamos com a colaboração de nossos ilustres Pares.

O projeto, após a apresentação em 18 de junho de 1998, já era lei em 20 de agosto do mesmo ano. Dessa forma, a importação de medicamentos sem o aval da autoridade competente, além do aumento da pena de reclusão de 10 a 15 anos, tornou-se crime hediondo, com todas as consequências daí decorrentes.

A manifesta banalização legislativa não foi exclusividade daquela composição parlamentar da década de 1990. Cite-se, por exemplo, o Projeto de Lei nº 0106/2007²⁰, de relatoria do Deputado Jair Bolsonaro (PP/RJ), em que pretendia incluir o roubo de veículos automotores no rol de crimes hediondos.

CAPÍTULO 2

2.1 – A influência da mídia nas justificativas parlamentares.

2.1.1 – O domínio da televisão e a convicção dos legisladores.

É importante salientar que as justificativas apresentadas pelos parlamentares foram bastante semelhantes, sempre invocando o interesse público, a gravidade do delito e a urgência de aprovação do projeto, sem que fosse elaborado ou utilizado como parâmetro qualquer estudo sobre o tema.

Tal fenômeno, qual seja, a utilização da mídia como justificativa para adoção de respostas legislativas, se explica através da ideia de que a opinião pública constitui-se em uma

²⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 106/2007, de 12 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340492>>. Acesso em: 30 abril 2014.

comunicação política. Assim, os valores e ideais intensa e frequentemente veiculados pela imprensa tornam-se, aparentemente, a posição dominante e consensual²¹.

Fica evidente o papel da mídia como ator social central nas modernas democracias, quando se constata que os meios de comunicação de massa adquiriram uma hegemonia no campo econômico (dimensão material), e, também, no campo cultural (ideais)²².

As dramatizações produzidas pelas informações transmitidas através de imagens representam canal eficaz para proporcionar emoções coletivas. Isso porque, não obstante possam ser selecionadas e editadas, o que poderia colocar em xeque a credibilidade das informações, as imagens possibilitam uma legitimação instantânea, dificilmente questionada.²³

O enfoque sensacionalista dos meios midiáticos, reproduzindo “*espetáculos que parecem querer sinalizar a barbárie, colocando-nos às vésperas de uma guerra civil*”²⁴, pauta os argumentos dos parlamentares, cujas palavras demonstram a percepção de um contexto de intranquilidade e de caos na realidade nacional.

Para a mídia, a violência é uma mercadoria bastante valiosa, e a reprodução sistemática de situações violentas ocasiona um sentimento de pertencimento àquela realidade nos consumidores da notícia, uma sensação de que são alvo dos efeitos dela, ainda que nunca tenham experimentado diretamente qualquer confronto com aquilo que é divulgado pela imprensa.

Dan Gardner, jornalista canadense, acredita que, assim como fazem os políticos, os ativistas e as corporações, a mídia se utiliza dos exageros e do medo para vender mais e aumentar o índice de leitores. Os destaques apresentados pela imprensa, como se sabe, são sempre dramáticos e emocionantes, enquanto os fatos reveladores de uma realidade não tão impressionante acabam desprezados, relegados a um segundo plano.²⁵

²¹ ADORNO, Sérgio. **A Delinquência juvenil em São Paulo: mitos, imagens e fatos**. Pro-Posições. v. 13, n. 3 (39), set./dez. 2002, p. 49. Disponível em <<http://www.nevusp.org/downloads/down231.pdf>>. Acesso em: 13 abril 2014.

²² PORTO, Maria Stela Grossi. **Mídia, segurança pública e representações sociais**. Tempo soc. v. 21, n. 2. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702009000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 abril 2014.

²³ CHAMPAGNE, Patrick. (1993), "La vision médiatique". In: BOURDIEU, Pierre (org.), *La misère du monde*. Paris, Seuil. Apud PORTO, Maria Stela Grossi. **Mídia, segurança pública e representações sociais**. Tempo soc. v. 21, n. 2. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702009000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 abril 2014.

²⁴ PORTO, op. cit.

²⁵ GARDNER, Dan. **Risco: a ciência e a política do medo**. Trad. Léa Viveiros de Castro et al. Rio de Janeiro: Odisseia, 2009, p. 184. apud GAZOTO, L. W. **Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. 2010. 377 f. Tese (Doutorado em Sociologia) –

Quanto aos meios de comunicação em si, sabe-se que a televisão representa, ainda hoje, o mecanismo mais eficiente para difusão de informações, com inquestionável penetração e relevância na formação de opinião da maioria da população. Nesse sentido, recorre-se às palavras de Pierre Bourdieu, ao dizer que “*a televisão não é muito propícia à expressão do pensamento*”²⁶, pois “*estabelece um elo, negativo, entra a urgência e o pensamento*”²⁷.

A política, portanto, tem a sua autonomia mitigada pela grande influência dos meios televisivos, por meio dos quais ocorre uma pressão uniformizadora, culminando em uma espécie de democracia direta, na qual as paixões coletivas representam o combustível para a tomada de decisões. Como resultado, o campo político, que deveria atuar com certo distanciamento quanto às pressões, cede aos apelos da urgência²⁸.

Ainda nos socorrendo dos ensinamentos de Pierre Bourdieu, para o autor é incontestável a influência exercida pelo campo jornalístico na política:

(...) a influência do campo jornalístico reforça as tendências dos agentes comprometidos com o campo político a submeter-se à pressão das expectativas e exigências da maioria, por vezes passionais e irrefletidas, e frequentemente constituídas como reivindicações mobilizadoras pela expressão que recebem na imprensa.²⁹

Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 36. Disponível em <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/6661>>. Acesso em: 30 de março 2014.

²⁶ BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão: Seguido de a influencia do jornalismo e os jogos olímpicos**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 39

²⁷ Ibidem.

²⁸ BOURDIEU, p. 92.

²⁹ Ibidem, pp. 114-115.

2.1.2 – A formação da opinião parlamentar na seara criminal.

Os argumentos esposados pelos parlamentares, em maior ou em menor grau, expunham a inexistência de uma técnica legislativa voltada à elaboração de normas penais, sem preocupação com os princípios penais básicos, tais como a intervenção mínima e a proporcionalidade.

A visão simplista do legislador é tratada pela doutora em Sociologia, Dra. Laura Frade:

Em suas falas [dos legisladores] há uma visão de que a simples proposição de projetos de lei seja capaz de, por si mesma, coibir a criminalidade. Que o papel do legislador é de manter a legislação atualizada - já que os trabalhos legislativos se concentram fortemente sobre as normas vigentes - e que propor soluções significa agilizar a punição. As regras, por si só, reprimiriam toda a espécie de crime.³⁰

Em sua tese de doutoramento, a Dra. Laura Frade realizou pesquisas e entrevistas com parlamentares, sendo um dos quesitos perguntados a forma como os legisladores se informavam acerca da criminalidade.

Constatou, ao final, que a mídia configura o principal material de leitura dos legisladores entrevistados, o que, de acordo com a especialista, “*representa uma fonte de preocupação, considerada a forma rápida com que as notícias são elaboradas, além da presença expressiva de ideologias dominantes e o fato de que muitos dos veículos de comunicação são, conforme já demonstrado, de propriedade de políticos.*”³¹

A realidade atestada pela estudiosa é alarmante quando nos informa que revistas científicas exercem pouca influência na atuação dos parlamentares, os quais restringem a formação de opinião ao conhecimento informal e às próprias experiências vivenciadas.

De acordo com a Dra. Laura Frade, essa característica demonstrada pelos legisladores representa um óbice a discussões mais profundas e à possibilidade de construção de novos

³⁰ FRADE, Laura. **O que o Congresso Nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade**. 2007. 271 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. p. 123. Disponível em < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/1450>>. Acesso em: 02 abril 2014.

³¹ Ibidem, p. 116.

entendimentos. O que se constata é que *“Há uma forte sinalização de que estão fechados a novas visões pois atribuem credibilidade ao conhecido e tendem a cristalizar posturas antigas.”*³².

De modo recorrente, os parlamentares autores dos projetos de lei sobre o tema justificavam suas iniciativas baseados em notícias televisivas, como o então Deputado Federal Cunha Bueno (PPB/SP), que, em sua explanação, afirmou: *“Os fatos amplamente divulgados pela imprensa televisiva e escrita nos últimos dias dando-nos conta de crimes contra a legislação neste sentido, nos faz apresentar este projeto de lei, para o qual conto com o seu imprescindível apoio.”*³³

O que se viu foi uma repetição de argumentos vazios e da crença no poder transcendental da norma penal em coibir a prática de crimes, como se constata na assertiva do Deputado Federal Augusto Nardes (PPB/RS), autor do Projeto de Lei n.º 4.535/1998, afirmando que:

É urgente uma modificação da lei, a fim de se dar tratamento penal compatível com a gravidade dos fatos. Em face disso, incluímos entre os crimes hediondos, tipificados na Lei nº 8.072/90, a falsificação de medicamento, com o objetivo de proteger a população contra tais criminosos, para o que contamos com o apoio de nossos ilustres Pares.³⁴

Ainda tratando das justificativas parlamentares, evidencia-se a constante correlação entre violência e medo, como realidades umbilicalmente ligadas, de modo que a ocorrência e a ampla divulgação de um fato que gera comoção social requer resposta e soluções imediatas, como afirma a professora e socióloga Dra. Maria Stela Grossi Porto:

Nestes contextos, é comum o Estado responder na forma de algum plano emergencial, aí incluídas desde promessas de aumentos no repasse de recursos financeiros (...), até proposta de mudanças requerendo a interferência no processo legislativo, através

³² FRADE. op. cit. p. 117.

³³ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.531/98, de 20 de maio de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02JUN1998.pdf#page=51>>. Acesso em: 29 abril 2014.

³⁴ _____. Projeto de Lei nº 4.535/98, de 21 de maio de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26AGO1998.pdf#page=159>>. Acesso em: 28 abril 2014.

da produção de novas leis e/ou aumento ou endurecimento das penas existentes, em uma espécie de lógica legiferante, que atribui os problemas à insuficiência de leis e as soluções à prevalência de um Estado punitivo. São medidas que visam a intervir atestando a eficácia da atuação policial e anestesiando o clima de medo e insegurança que, nestes contextos, toma conta da população. Medidas necessárias, algumas delas, mas insuficientes, se tomadas isoladamente.³⁵

Como se viu, os parlamentares tratam o tema da falsificação de medicamentos citando exemplos episódicos trazidos pela imprensa. Portanto, não há dúvida ao se confirmar o papel da mídia de noticiar ações criminosas como situações isoladas do restante da realidade. Com isso, para justificar a necessidade de intervenção do direito penal, tenta fazer crer que as ondas de barbárie não decorrem de problemas sociais de maior abrangência, mas unicamente dos desvios isolados de indivíduo e dos grupos criminosos.³⁶

Evidencia-se o que pode ser chamado de “valorização simbólica do direito penal”, um ideário de que o perigo social é sinônimo de criminalidade, conjecturando que a criação de novos tipos incriminadores, como também a exacerbação de penas de outros crimes já previstos, será suficiente para resolver os problemas da violência social.³⁷

Não há, por parte da mídia, qualquer referência ou reflexão sobre a possibilidade de os crimes serem uma resultante de problemas de cunho social, o que, por óbvio, exigiria medidas e políticas que vão além do mero endurecimento das penas.³⁸

Do mesmo modo, em nenhum dos projetos de lei apresentados na Câmara dos Deputados havia referência ou informação sobre estudos prévios que indicassem a necessidade e a eficiência de tornar mais rígida a pena para os referidos crimes.

³⁵ Ibidem.

³⁶ ROBERTS, Julian V. *et alii*. **Penal populismo and public opinion**. Nova York: Oxford University Press, 2003. p. 86 *apud* GAZOTO, L. W. **Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. 2010. 377 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 36. Disponível em < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/6661>>. Acesso em: 30 de março 2014.

³⁷ PINTO, Naylayne Mendonça. Recrudescimento penal no Brasil : simbolismo e punitivismo. In MISSE, Michel (org.). *Acusados e acusadores : estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 237 e s. *apud* GAZOTO, L. W. **Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. 2010. 377 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 36. Disponível em < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/6661>>. Acesso em: 30 de março 2014.

³⁸ Ibidem.

2.1.3 – Críticas à ausência de técnica legislativa.

Citando Enrico Ferri, o Doutor Luís Wanderley Gazoto³⁹, adverte que desde o Império Romano se experimentou a ineficácia do endurecimento de penas como prevenção penal, pois os índices de criminalidade dependiam de variáveis que iam além das penas determinadas, o que, certamente, foi negligenciado pelo legislador pátrio quando da elaboração da lei em comento:

FERRI lembra que, no Império Romano, sob Sétimo Severo (146-211 d.C), foram editadas leis para punir o celibato, o adultério, o incesto etc., que, apesar de terem se repetido, com penas graves, inutilmente, até os tempos de Justiniano (483-565), caíram em desuso, por causa da multidão de acusados. Também destaca que o catolicismo se impôs, apesar das leis e suplícios anticristianismo. Ainda no século XIX, Ferri fez importantes pesquisas na Itália e na França, chegando à conclusão de que ‘a despeito de certas declarações puramente platônicas, os melhores remédios contra o delito não têm, de nenhuma maneira, a eficácia que se lhes atribui; porque os delitos aumentam e diminuem em razão de um conjunto de causas bem diferentes destas penas tão facilmente promulgadas pelos legisladores e aplicadas pelos Juízes e pelos carcereiros’.

Sobre a proporcionalidade das penas definidas pelos parlamentares, o que foi alvo de alerta por parte de representante do MPDFT no Congresso Nacional, Luiz Flávio Gomes⁴⁰ afirma que um delito analisado isoladamente não pode ser avaliado quanto à sua gravidade, dependendo essa avaliação da comparação com outras formas delituosas .

A desproporcionalidade, portanto, é manifesta quando constatamos que o legislador valorou o crime de importação de medicamento como mais grave do que o tráfico de drogas e do que o estupro de vulneráveis, por exemplo.

³⁹ FERRI, Enrico. Sociología criminal. Trad. Antonio Soto y Hernandez. Madrid: Centro Ed. De Góngora, 1907, Tomo I, p. 256 e ss. apud GAZOTO, L. W. **Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. 2010. 377 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 36. Disponível em <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/6661>>. Acesso em: 30 de março 2014.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **A pena. Como e quando punir**. In. FERRAJOLI, Luigi (org.). **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Dessa forma, a predeterminação legislativa da pena, ao valorar a gravidade a partir do dano (visão objetivista) e da culpabilidade do agente (subjativista) considerou que aquele que importa medicamentos sem a devida autorização da autoridade competente gera um dano superior e tem uma conduta mais reprovável quando comparado com o traficante de entorpecentes.

Apenas a título exemplificativo, para o crime de lesão corporal gravíssima, cuja consequência pode ser a paraplegia da vítima, a pena mínima é de 02 (dois) anos de prisão. Enquanto isso, após o advento da Lei n.º 9.677/98, o ato de falsificar um desodorante terá pena mínima de 10 (dez) anos, como se verifica no artigo 273, § 1º-A⁴¹, da referida lei.

De acordo com Sérgio Adorno, professor do Departamento de Sociologia da USP, durante o governo FHC foram frequentes as crises experimentadas no campo da segurança pública, o que resultou em uma atividade legislativa acima da média, pautada por situações extremas que supostamente justificavam a elaboração de normas que acabavam se mostrando irrelevantes.⁴²

Corroborando a tese de que durante o governo FHC houve uma produção legislativa que fugia aos padrões, há dados informando que no decorrer de seu primeiro mandato foram editadas 23 leis penais, sendo que desde a redemocratização do Brasil até meados de 2009 foram produzidas 73 (setenta e três).⁴³

A situação peculiar vivenciada nos anos de 1990 foi também analisada por Celso Delmanto, para quem o período foi marcado pela famigerada “inflação legislativa”:

É de todos conhecida a inflação legislativa que o Direito Penal tem experimentado desde o início da década de 1990, não só com significativo recrudescimento das sanções penais, mas também com a mitigação das garantias processuais. Foi nesse contexto que se aprovou a chamada Lei dos Remédios (Lei nº 9.677, de 2.7.98), que,

⁴¹ “Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:”(NR)
Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.”(NR)
[...]

§ 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.” *In* BRASIL. Código Penal. Modificado pela Lei n.º 9.677/98. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 06 abr. 2014.

⁴² ADORNO, Sérgio. **Insegurança versus direitos humanos : entre a lei e a ordem**. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 11, n. 2, 1999, pp. 129-153. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701999000200008&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 28 março 2014.

⁴³ GAZOTO, L., 2010. p. 206

além de ampliar os tipos penais, aumentou sobremaneira as penas dos crimes previstos no Capítulo III do Título VIII do CP.⁴⁴

Considerando as motivações, justificativas, além do resultado obtido com a sanção da Lei n.º 9.677/98, verifica-se que o princípio da legalidade, na prática, representou um meio de suprimir liberdades, ao contrário do que se prevê em teoria.

Em outras palavras, a legalidade que, *prima facie*, protegeria o cidadão dos excessos cometidos pelo Estado, exigindo o processo legislativo para a criação de normas que lhe tolhem a liberdade, passa, como afirma Juarez Tavares, por uma “*metamorfose: do herói para vilão*”:

O que se observa é que uma vez adotado o princípio de que qualquer crime deva estar, previamente, definido em lei, se de fato isso ocorrer, ou seja, se uma certa conduta vier a ser capitulada, legalmente, como criminosa, a primeira conclusão a que se chega é que essa criminalização é legítima, ou seja, a definição legal de uma conduta criminosa torna essa criminalização uma evidência, à primeira vista, incontestável. Portanto, o princípio da legalidade, que inicialmente se apresentava como uma garantia da liberdade, passa a servir de legitimação dos atos destinados a suprimir essa liberdade. Por esta característica, portanto, da aplicação prática da legalidade dos crimes em face de sua, inicial, previsão teórica, já não se poderá dizer, com tanta convicção, que o princípio da legalidade constitui um baluarte intransponível da defesa da pessoa humana. Neste caso, a realização prática da legalidade, como forma jurídica, implicará uma transmutação, ou seja, uma metamorfose: do herói para o vilão.⁴⁵

O professor, de forma didática, realiza uma analogia entre a situação da pessoa que se depara com uma tempestade e a de uma pessoa que se vê diante do princípio da legalidade, para afirmar que em ambas as situações o cidadão é incapaz de estar no domínio da situação,

⁴⁴ DELMANTO, Celso. et al. Código Penal Comentado. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 692.

⁴⁵ TAVARES, Juarez. **Os Objetos simbólicos da proibição : o que se desvenda a partir da presunção de inocência.** Disponível em < http://www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf>. Acesso em 23 abril 2014. p. 02.

restando-lhe apenas lamentar, seja pelo desconforto gerado pela tempestade ou pelas incriminações injustas, indevidas ou absurdas.⁴⁶

A “inflação legislativa penal”⁴⁷, termo utilizado pelo doutrinador e professor Nilo Batista, se amolda perfeitamente à situação e configura um fenômeno que, longe de resolver qualquer problema advindo da falsificação, alteração ou importação de medicamentos, ocasionará mais insatisfação diante da constatação de que o problema não será resolvido.

Ainda de acordo com Nilo Batista, o fato de o princípio da intervenção mínima não estar expressamente previsto na Constituição Federal e no Código Penal, não impede que se afigure uma barreira, um limite ao legislador, por entender que a intervenção mínima é compatível e relacionável aos demais princípios jurídico-penais positivados e aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito.⁴⁸

Seguindo o que dispõe o professor Juarez Tavares, a adequação da norma penal será averiguada a partir de um confronto com a realidade, quando deverão ser preenchidos requisitos capazes de evitar o que chama de “déficit de legitimidade das normas incriminadoras”.

Entretanto, as alterações trazidas pela Lei n.º 9.677/98 parecem não ter superado esse déficit de legitimidade, pois, como se verá adiante, foram alvo de declarações de inconstitucionalidade em virtude da desproporcionalidade entre as penas e as condutas tipificadas.

2.2 – O marco firmado pela Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90) na política criminal brasileira.

Desde a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), incontáveis projetos de lei intentaram a inclusão de crimes no rol dos crimes hediondos com as justificativas das mais diversas, destacando-se o clamor social, a pressão da opinião pública ou simplesmente a estratégia populista dos parlamentares.

⁴⁶ Ibidem, p. 03.

⁴⁷ “Uma república que tenha como fundamento a ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, inciso III CR) e como objetivos a construção de uma ‘sociedade livre, justa e solidária’ e a promoção do bem de todos’ (art. 2º, incs. I e IV CR) deve conter, pelo menos, a inflação penal.” (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007. p. 85)

⁴⁸ Ibidem.

A própria Lei de Crimes Hediondos,⁴⁹ quando de sua apreciação, foi objeto de um substitutivo apresentado pelo então Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ), no qual elastecia o rol dos crimes considerados “hediondos”, aumentava penas, vedava a anistia, impedia a concessão de liberdade condicional, dentre outras determinações.

De acordo com Zaffaroni e Pierangelli, esta prática representa “o abandono do modelo tecnocrático”⁵⁰:

O mais importante assinalar é que, no decorrer dos últimos anos, opera-se o abandono do modelo tecnocrático, vale dizer, estabelece-se o convencimento de que o mesmo nada mais é do que um instrumento de repressão, de cunho fascista, que esconde a sua verdadeira ideologia através da técnica, da ‘ciência’ objetiva e asséptica. A utilização desse modelo e, ainda, a busca de seu perfeccionismo durante a vigência da Lei de Segurança Nacional são uma prova irrefutável de seu sentido ideológico. Desastradamente, demonstrando uma recaída, diante dos impactos dos meios massivos de comunicação ‘mobilizados em face de extorsões mediante sequestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica do país’...’um medo difuso e irracional, acompanhado de uma desconfiança para com os órgãos oficiais de controle social, tomou conta da população, atuando como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir’ (Silva Franco), culminando com a edição da Lei 8.072, de 27.07.1990, que dispõe sobre os ‘crimes hediondos’ e outras, no mesmo sentido, estão em elaboração. É uma passagem da ideologia da segurança nacional para a ideologia da segurança urbana. Lamentavelmente.

A total ineficácia do modelo penal adotado pelo Brasil, especificamente no que se refere aos crimes hediondos, foi tema de pesquisa por parte do Instituto Latino Americano das

⁴⁹ A lei de crimes hediondos (Lei n.º 8.072/90) teve iniciativa no Senado Federal através do PLS n.º 050/1990, autoria do Senador Odacir Soares. Após, o projeto foi enviado para análise na Câmara dos Deputados, quando foi sugerido o substitutivo pelo Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ), o qual trazia inúmeras inclusões ao projeto inicial. Não é despidendo ressaltar que antes da apresentação do PLS n.º 50/1990, já havia outros projetos sobre o tema em tramitação, entre eles o projeto n.º 3.734/89, de autoria do Poder Executivo e confeccionado pelo Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciário. O substitutivo elaborado pela Câmara dos Deputados englobava os outros projetos que tramitavam na Casa.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELLI, José H. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. P. 195

Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD/Brasil, a pedido do Ministério da Justiça.⁵¹

O referido trabalho pretendeu avaliar “*os impactos gerados pela Lei n.º 8.072/90, conhecida como Lei de Crimes Hediondos, nos índices oficiais de criminalidade e no sistema prisional e, conseqüentemente, na aferição de sua eficácia enquanto instrumento de política criminal.*”⁵²

De acordo com as conclusões do ILANUD/Brasil, quando da discussão e da aprovação da Lei, era possível identificar duas correntes entre os parlamentares daquele período: a primeira, confiava piamente na eficácia da lei para a redução da criminalidade tendo em vista seu caráter intimidatório, e a segunda enxergava o endurecimento das penas e o rigor penalista como um fim em si mesmo.⁵³

Assim, o relatório elaborado pelo ILANUD/Brasil buscou, em suma, avaliar o resultado pretendido pelos parlamentares, bem como os problemas que emergiram em razão da falta de debate e discussão acurada sobre o tema no Congresso Nacional.

A conclusão⁵⁴ explicitada no relatório não surpreende, pois constatou-se um aumento significativo da população carcerária, o que agravou o problema da lotação dos presídios e, além disso, não houve diminuição nos índices de criminalidade, negando-se, portanto, a prevenção desejada através da intimidação pelas penas rigorosas.

Diante de todo o exposto, verifica-se que, partindo da Lei de Crimes Hediondos e chegando até a Lei n.º 9.677/98 e à inclusão de suas tipificações no rol de crimes hediondos, há uma clara tendência no Congresso Nacional de apresentar projetos que se resumem a (i) ampliar a abrangência da Lei n.º 8.072/90, além de (ii) endurecer penas.

2.3 – Considerações gerais.

O problema da estratégia adotada pelo parlamento brasileiro reside no fato de que todas as propostas são reações imediatistas, respostas a episódios e a situações explorados

⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ILANUD/Brasil. Relatório final de pesquisa: A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal. p.?. Disponível em < <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/direitos-humanos/torviolpolsist/RelILANUD.pdf>>. Acesso em 26 abril 2014.

⁵² Ibidem, p. 00 (Apresentação)

⁵³ Ibidem, p. 06.

⁵⁴ Ibidem, p. 100.

pela mídia que clamam por soluções para problemas cujas dimensões não são discutidas nem estudadas.

Como resultado, nos deparamos com inúmeras leis penais extravagantes, ou mesmo com alterações no Código Penal, cuja aplicabilidade é, no mínimo, questionável em razão da ausência de técnica, proporcionalidade e correspondência com as necessidades sociais.

Para o legislador, no caso específico da Lei n.º 9.677/98, não há diferença se o medicamento possui efeitos positivos ou negativos, se é eficaz ou não, bastando a ausência de registro junto ao órgão competente para que a conduta seja tipificada não apenas como crime, mas como crime hediondo.

Essa constatação é atestada por Miguel Reale Júnior (1999) citado no voto condutor do Recurso Especial n.º 915.442/SC⁵⁵, nos seguintes termos:

São, entretanto, as mesmas condutas e consequências despoticamente desprezadas pelo legislador penal, que sanciona, com penas mais graves do que a do homicídio doloso, a venda de remédio, saneante ou cosmético sem registro, independentemente de ter havido qualquer efeito negativo ou perigo à saúde pública. Com efeito, segundo a nova lei, constitui crime hediondo vender medicamento cosmético ou saneante sem registro no órgão de vigilância sanitária, sendo indiferente saber se o produto comercializado sem registro é inócuo ou nocivo à saúde. Basta que não haja registro para configurar-se o crime punido com reclusão de 10 a 15 anos. Assim, pode o medicamento até mesmo ser benéfico ou o cosmético ser eficaz: nada importa, pois a ausência do registro é elemento suficiente, segundo os incisos do § 1o-B, para se consumir o crime hediondo.⁵⁶

Nos capítulos seguintes, serão abordados os problemas enfrentados e as soluções encontradas pelo Poder Judiciário quando da aplicação da Lei n.º 9.677/98, especificamente

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915442/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Vilma Maria Segalin. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011. (https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200700109449&dt_publicacao=01/02/2011). Acesso em: 20 abr. 2014.

nos casos em que a persecução penal se dá em decorrência do cometimento do delito de importação de medicamentos sem o aval da autoridade competente.

E, por fim, será realizada crítica às decisões judiciais, defendendo-se a sua inconstitucionalidade a partir da análise de princípios penais e constitucionais, tais como, legalidade, tipicidade, separação de poderes, além do caráter fragmentário do direito penal.

Capítulo 3

3.1 – Princípio da proporcionalidade.

3.1.1 – Controle de constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade.

Após a edição da Lei n.º 9.677/98, e, portanto, da alteração do Código Penal no que se refere aos crimes contra a saúde pública, o Poder Judiciário se deparou com situações novas nas quais réus, investigados e denunciados pela conduta de importação de medicamentos sem o registro no órgão competente, encontravam-se diante da possibilidade de serem condenados a cumprir penas superiores a 10 anos de reclusão.

Dessa forma, quando desafiados a aplicar as novas penas, os tribunais viram-se obrigados a realizar uma análise da adequação e da necessidade da Lei 9.677/98, amparados pelo argumento de que a liberdade discricionária do legislativo pode ser objeto de controle judicial. Isso porque, o “direito/dever” de legislar carrega consigo a obrigação de proteção dos direitos fundamentais.⁵⁷

Pautando-se nos ensinamentos do professor constitucionalista Paulo Bonavides, conclui-se que o controle de constitucionalidade realizado por órgãos do Judiciário representa, desde o julgamento do caso ‘*Marbury vs. Madison*’ na Suprema Corte dos Estados Unidos, a garantia dos direitos individuais.⁵⁸

Calcado nos ideais do liberalismo, o controle de constitucionalidade, tal qual é realizado no caso em discussão, ao limitar a soberania absoluta do Estado, tolher a ação política do legislador e impedir que este imponha “*aos governados uma vontade sem*

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2011. pp. 246-247.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. – 15. ed. – São Paulo: Malheiros p. 322.

freios.”⁵⁹, será responsável por analisar se os atos legislativos representam ofensas aos direitos individuais constitucionalmente protegidos.

Considerando o alerta realizado pelo professor Juarez Tavares acerca do prisma repressivo que o princípio da legalidade pode assumir, o professor e Ministro Gilmar Mendes atesta que as restrições aos direitos previstos na legislação devem preencher, além da barreira da reserva legal, requisitos impostos pelo princípio da proporcionalidade.⁶⁰

Por conseguinte, o princípio da reserva legal passou a ser entendido e interpretado como princípio da reserva legal proporcional, não bastando a legitimidade dos meios utilizados pelos órgãos legislativos sem que se considere, igualmente, a adequação e a necessidade de aplicação da medida a ser adotada.

Tal entendimento é corroborado por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, quando afirmam que *“Com a reserva de lei, os direitos fundamentais defenderam e defendem a atuação administrativa de ingerência nos direitos fundamentais sem base legal; com a reserva de lei proporcional, defendem contra leis que desproporcionalmente constituem ingerência nos direitos fundamentais.”*⁶¹

Os referidos autores, ainda no tocante à ingerência estatal nas liberdades individuais fundamentais, fazem referência ao alerta elaborado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no sentido de que nesses casos deve haver ponderação cuidadosa entre a justificativa para a restrição e o direito fundamental à liberdade dos cidadãos.⁶²

Em outras palavras, exige-se que os meios adotados sejam avaliados em relação aos fins desejados e efetivamente alcançados, visando impedir limitações desproporcionais em atenção ao princípio da proporcionalidade, *“(...) também entendido como princípio da proibição do excesso.”*⁶³

Nos termos da teoria constitucional, a norma jurídica será proporcional quando atender exigências quanto à adequação e à necessidade. A necessidade é respeitada quando, por exclusão, não há outro meio capaz de proteger o bem jurídico alvo da tutela.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ MENDES, pp. 256-257.

⁶¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 106.

⁶² Ibidem, p. 145.

⁶³ MENDES, p. 255.

Entre a adequação e a necessidade, classificados pela doutrina como subprincípios derivados do princípio da proporcionalidade, esta última ganha maior relevo certo que uma norma necessária será, por consequência, adequada. Por outro lado, uma norma adequada a atingir determinada finalidade pode não ser necessária pelo fato de concorrer com outras medidas igualmente eficientes mas menos gravosas.⁶⁴

3.1.2 – O princípio da proporcionalidade e a intervenção do Poder Judiciário.

É importante registrar que o controle realizado pelos órgãos judiciais, no sentido de determinar a inaplicabilidade ou a inconstitucionalidade de determinada norma, deve ser utilizado como medida drástica e em última instância, respeitando o princípio da separação de poderes e a supremacia da vontade popular supostamente externalizada pelos parlamentares a partir das leis.

Nesse sentido, faz-se necessário que a intervenção judicial se dê com os cuidados necessários e somente diante de casos onde há manifesta desproporcionalidade:

De acordo com a jurisprudência alemã, cautelosa acerca da possibilidade de controle judicial no que tange à adequação e à necessidade das opções legislativas, a análise jurisdicional sobre esses requisitos é possível quando se conclui categoricamente que existem outras formas menos lesivas de se combater determinada ilegalidade.⁶⁵

Evidentemente, há corrente contrária à aplicação do princípio da proporcionalidade⁶⁶ sob a escusa de que poderia gerar decisionismos subjetivos por parte dos juízes, violando a certeza e a segurança jurídica, o que, de acordo com a Procuradora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, Suzana de Toledo Barros, não é suficiente para afastar a aplicabilidade do referido princípio:

⁶⁴ Ibidem, p. 257.

⁶⁵ Ibidem, p. 256.

⁶⁶ Cf. ERNESTO PEDRAZ PENALVA.

Mesmo se admitindo a possibilidade de, inobservadas as cautelas devidas na aplicação do princípio, vir a ser criada alguma injustiça, mais injusta é a aplicação automática e indiscriminada da lei. Assim, é de ser privilegiada uma solução concreta quando a lei é posta em confronto quanto à sua idoneidade para solver um problema (...).⁶⁷

Atento à questão de uma suposta invasão do judiciário no campo de atuação parlamentar/legislativa, o professor e constitucionalista Paulo Bonavides admite que pode haver “(...) *uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador (...)*”⁶⁸.

Entretanto, entende o professor que não resta alternativa ao magistrado quando se depara com uma norma excessiva e injustificável senão declará-la inconstitucional por não caber “*na moldura da proporcionalidade*”⁶⁹. E, calcado na necessidade de preservação dos princípios constitucionais, nega a possibilidade de qualquer violação à separação de poderes:

Com efeito, a limitação de poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição.⁷⁰

Os alertas sobre a intervenção do Poder Judiciário estão, também, na pauta do renomado constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, para quem o controle de constitucionalidade adentraria, inevitavelmente, na análise meritória das opções legislativas. Mas, apesar disso, Canotilho entende que esquivar-se não é uma possibilidade a ser considerada pelos magistrados:

⁶⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 212.

⁶⁸ BONAVIDES, p. 399.

⁶⁹ Ibidem, p. 398.

⁷⁰ Ibidem, p. 399.

A questão, como se intui, coloca problemas complexos em sede de controlo concreto de constitucionalidade, se se interpretar a ‘necessidade’, a ‘adequação’ e a ‘proporcionalidade’ da medida legal restritiva como uma questão de ‘mérito político’ situada no âmbito de liberdade de conformação do legislador. (...) A liberdade de conformação do legislador exige das entidades judiciais de controlo uma relativa prudência quanto à aplicação do princípio da proibição do excesso, mas elas não poderão abdicar de dar uma específica aplicação a este princípio, sobretudo quando está em jogo a apreciação de medidas especialmente restritivas (...).⁷¹

A atuação do Judiciário, na ótica do professor Canotilho, pode ser plenamente assentada nos vícios oriundos do poder discricionário dos órgãos legislativos, e, nesses casos de controle de constitucionalidade, a fundamentação dos magistrados deve seguir um roteiro baseado no princípio da proporcionalidade e na proibição do excesso.⁷²

3.1.3 – O princípio da proporcionalidade na prática

O princípio da proporcionalidade, de acordo com o doutrinador constitucionalista Paulo Bonavides, encontra-se no rol dos princípios “*mais fáceis de compreender do que definir*”⁷³, e tem por escopo socorrer os direitos fundamentais, sobretudo a liberdade, quando funcionam como limitadores do legítimo poder legiferante nas situações em que o Poder Judiciário repara defeitos legais, bem como quando há “*(...) insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídico-fundamentais*”⁷⁴.

Levando em conta que o princípio da proporcionalidade não está expressamente entabulado na Constituição Federal de 1988, como também não esteve nas Constituições anteriores, o Supremo Tribunal Federal, conforme apregoa Gilmar Mendes, valeu-se “*(...) de estratégias argumentativas para não aplicar o princípio da proporcionalidade de forma*

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. - 6. ed. rev. – Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 618.

⁷² Ibidem, p. 1017.

⁷³ BONAVIDES. p. 392.

⁷⁴ Ibidem, p. 395.

independente, ficou claro que o referido princípio ‘era assim considerado elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais.’”⁷⁵

Paulo Bonavides, em consonância com o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, como também em sintonia com a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, vislumbra este princípio como decorrência direta da essência de um Estado de Direito, parte de um conjunto de princípios responsáveis pela inviolabilidade e pela unidade da Constituição.⁷⁶

No que diz respeito à aplicabilidade prática do princípio da proporcionalidade, o entendimento de Paulo Bonavides é no sentido de que ocorrerá diante dos casos concretos e resultará em decisões judiciais com teor corretivo:

(...) o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (Abwägung), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (Übermassverbot), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.⁷⁷

Por conseguinte, a partir do chamado controle por via incidental, a decisão judicial sobre os casos onde se vislumbra vulneração do princípio da proporcionalidade não redundará na anulação da lei, senão apenas na declaração de sua inaplicabilidade perante o caso concreto, objeto principal da demanda.

Esse procedimento incidental, de acordo com Paulo Bonavides, “(...) é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida.”⁷⁸

Conforme veremos a seguir, o controle constitucional exercido pelos tribunais ocorreu de forma incidental. Sobre este modelo, o professor e Ministro Luís Roberto Barroso traz a

⁷⁵ MENDES, p. 251.

⁷⁶ BONAVIDES, p. 436.

⁷⁷ Ibidem, p. 426.

⁷⁸ Ibidem, p. 325.

definição exata do controle exercido de forma incidental, relacionando-a ao caráter prejudicial da constitucionalidade, cuja decisão é premissa necessária para a solução da lide:

(...). É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente. O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por via de exceção ou de defesa, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida.⁷⁹

Capítulo 4

4.1 – O controle constitucional exercido pelos tribunais quando da incidência do artigo 273, § 1º e § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Após a demonstração da maneira como ocorre o controle judicial, é importante ressaltar a peculiaridade da declaração de inconstitucionalidade adotada, ainda que de forma não intencional, pelos magistrados.

Isso pois, malgrado existam hipóteses nas quais se atesta expressamente a inconstitucionalidade, na maioria dos casos analisados, não houve a declaração expressa de inconstitucionalidade, mas apenas a desconsideração da pena do artigo 273, do Código Penal, em virtude da ausência de proporcionalidade.

Ocorreu o que pode ser chamado de controle constitucional implícito, tal como o Ministro Sepúlveda Pertence declarou no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 240.096⁸⁰:

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 240096. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Nelina de Sousa Calil. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/03/1999, DJ 21-05-

(...) reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.

Entendimento semelhante foi adotado pelo Ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, ao tecer considerações em seu voto-vista no Recurso Especial n.º 915.442/SC, alertando que (i) o exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade demanda o controle de constitucionalidade, e (ii) a declaração incidental de inconstitucionalidade não pressupõe que seja realizada de forma expressa:

In casu, embora o órgão fracionário do Tribunal de origem não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do art. 273 do Código Penal, afastou a sua incidência, ainda que parcial, por entender que o preceito secundário do tipo penal em questão não atende ao princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização legal da pena.

Dessarte, houve emissão do juízo de incompatibilidade da norma ordinária com a Magna Carta.⁸¹

Segundo a Ministra do STJ, Laurita Vaz, encontramos respaldo no sentido de que há o controle de constitucionalidade mesmo estando ausente qualquer manifestação expressa por parte dos julgados, certo que, nas palavras da Ministra, é contraditório declarar a constitucionalidade do artigo 273 do Código Penal para, em seguida, reconhecer a ocorrência de violação a princípios constitucionais:

Como se vê, em evidente *contradictio in abstracto*, a Corte originária assentou, de um lado, a constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, e reconheceu, de outro, a violação ao princípio da proporcionalidade na pena cominada ao delito. Por conseguinte,

1999	PP-00033	EMENT	VOL-01951-13	PP-02677.	Disponível	em:
http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256635 >. Acesso em: 27 abr. 2014.						

⁸¹ _____. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista no REsp 915442/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Vilma Maria Segalin. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700109449&dt_publicacao=01/02/2011>. Acesso em: 26 abr. 2014.

afastou a incidência de parte da norma (pena) (...) aplicando em seu lugar a reprimenda referente ao delito de tráfico ilícito de drogas.⁸²

Assim, não restam dúvidas de que a análise feita pelo Judiciário sobre a proporcionalidade e a razoabilidade das penas do artigo 273 do Código Penal, resultantes da alteração legislativa trazida pela Lei n.º 9.677/98, possui caráter essencialmente constitucional.

Antes de relatar e destrinchar as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, nas quais se declarou a inconstitucionalidade da pena prevista no artigo 273, do Código Penal, por entender pela violação do princípio da proporcionalidade, é necessário alertar que o presente trabalho não pretende debater a correição do procedimento utilizado, bem como da competência para declarar a inconstitucionalidade no momento em que o fizeram.

Em outras palavras, não é tema do trabalho a análise do cumprimento dos regimentos internos dos tribunais no que diz respeito a um possível sobrestamento dos processos para que então fosse discutida a arguição de inconstitucionalidade, como também a discussão sobre a reserva de plenário e outros requisitos elencados pela legislação ou por entendimentos jurisprudenciais.

Este debate, aliás, foi levado ao Superior Tribunal de Justiça através da impetração de *habeas corpus*⁸³, oportunidade na qual a Quinta Turma determinou a aplicabilidade da Súmula Vinculante n.º 10⁸⁴, como também do artigo 97⁸⁵ da Constituição Federal, os quais estabelecem que a declaração de inconstitucionalidade deve ser alvo de deliberação do Pleno ou do Órgão Especial do respectivo tribunal.

⁸² _____. Superior Tribunal de Justiça. HC 167320/PR. Impetrante: Eduardo Tergolina Teixeira. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4 Região. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013. p. 6. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000567498&dt_publicacao=11/09/2013>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_33.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.

⁸⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. In: Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

4.2 – Utilização da pena do crime de tráfico de drogas.

Ato contínuo, passamos à análise dos julgados em que se declara de forma incidental a inconstitucionalidade da pena prevista no artigo 273, que podem ser representados pelo posicionamento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sucintamente explicitado no voto condutor de apelação julgada nos seguintes termos:

De fato, o posicionamento majoritário desta Corte Regional (seguido pelo Juízo a quo), é no sentido de que somente se justifica a aplicação da pena abstratamente cominada ao tipo penal em apreço quando a conduta imputada possa gerar grandes danos ao bem jurídico tutelado. Ausente tamanha gravidade, resta inviabilizada a aplicação da reprimenda fixada pelo legislador, eis que visivelmente desproporcional à conduta praticada (caso dos autos). Em atenção a tais aspectos é que se tem admitido, mediante analogia in bonam partem, a limitação da pena a ser concretamente fixada, tomando como parâmetro o apenamento previsto para o tráfico de entorpecentes na época em que cometido o fato (art. 12 da Lei 6.368/76).⁸⁶

E, a partir dessas justificações, concluem que o preceito primário do artigo 273, do Código Penal, deve permanecer incólume, mas, quanto à pena, também tratada como preceito secundário, declaram-na inconstitucional ainda que de maneira velada, resultando na aplicação da pena do crime de tráfico de entorpecentes em suposta analogia *in bonam partem* em favor do réu.

Nesse sentido, seria possível citar inúmeros julgados nos quais se determina a incidência, em pretensa analogia benéfica ao acusado, da pena do crime de tráfico de drogas. Seguem abaixo alguns destes julgados apenas a título exemplificativo, sendo o primeiro deles originário de uma Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. FORMA

⁸⁶ TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2006.70.02.005860-7, 7ª TURMA, Des. Federal TADAAQUI HIROSE, POR MAIORIA, D.E. 26/03/2009

EQUIPARADA. ART. 273, § 1º-B, I, V E VI, DO CP. INTRODUÇÃO EM TERRITÓRIO NACIONAL DE COMPRIMIDOS DE CYTOTEC. PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. PARÂMETRO. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1. Quem introduz clandestinamente em solo nacional produto de origem estrangeira destinado a fins terapêuticos ou medicinais, sem registro, de procedência ignorada e adquirido de estabelecimento sem licença do Órgão de Vigilância Sanitária competente, pratica o delito capitulado no art. 273, § 1º-B, incisos I, V e VI, do CP. 2. A pena do delito previsto no art. 273 do CP - com a redação que lhe deu a Lei nº 9.677, de 02 de julho de 1998 - (reclusão, de 10 (dez) e 15 (quinze) anos, e multa) deve, por excessivamente severa, ficar reservada para punir apenas aquelas condutas que exponham a sociedade e a economia popular a "enormes danos" (exposição de motivos). Nos casos de fatos que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, deve-se recorrer, tanto quanto possível, ao emprego da analogia em favor do réu, recolhendo-se, no corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de uma pena justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. "A criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para a sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta" (Fábio Bittencourt da Rosa, in Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 04). Hipótese em que ao réu, denunciado por introduzir, no território nacional, 200 comprimidos de Cytotec, medicamento desprovido de registro e de licença do órgão de Vigilância Sanitária competente (art. 273, § 1º-B, incisos I, V, e VI, do CP), foi aplicada a pena de 03 anos de reclusão (vigente ao tempo dos fatos em apuração), adotado, como parâmetro, o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual tem como bem jurídico tutelado também a saúde pública." (TRF4, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, publicado no D.E em 30.06.2008).

PENAL E PROCESSUAL. VARA FEDERAL CRIMINAL ESPECIALIZADA. ART. 334 DO CP. ART. 273, § 1º-B, DO CP.

IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE MEDICAMENTOS. DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O CONTRABANDO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA IN BONAM PARTEM DA LEI Nº 11.343/06. PROPORCIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. 2ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE FOZ DO IGUAÇU. DELITOS CONSTANTES DOS ARTIGOS 334 E 184 DO CP. 3ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE FOZ DO IGUAÇU. DEMAIS CRIMES. PREVENÇÃO.

[...] 3. No tocante à importação de remédios em desacordo com os regulamentos da vigilância sanitária (ANVISA) a conduta constitui, em tese, o crime previsto no art. 273, 1º-B, incisos I e V, do CP.

4. Em face da desproporcionalidade da pena cominada para o art. 273 do CP, faz-se necessário ajuste principiológico da norma, aplicando-se a analogia in bonan partem da reprimenda prevista na Lei 11.343/2006 que visa a proteger, entre outros, idêntico bem jurídico, qual seja, a saúde pública. Precedentes.

[...](RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 5015220-27.2012.404.7002/PR - RELATORA: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE - Julgado em 16 de julho de 2013).

PENAL E PROCESSUAL. VARA FEDERAL CRIMINAL ESPECIALIZADA. ART. 334 DO CP. ART. 273, § 1º-B, DO CP. IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE MEDICAMENTOS. DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O CONTRABANDO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA IN BONAM PARTEM DA LEI Nº 11.343/06. PROPORCIONALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. 2ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE FOZ DO IGUAÇU. DELITOS CONSTANTES DOS ARTIGOS 334 E 184 DO CP. 3ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE FOZ DO IGUAÇU. DEMAIS CRIMES. PREVENÇÃO. 1. O crime de contrabando envolve a importação ou exportação de mercadoria proibida ou ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela sua entrada, saída ou consumo. 2. Na hipótese dos autos, foram apreendidas 40 (quarenta) cartelas, com 04 (quatro) comprimidos cada, de Viagra, totalizando 160 comprimidos; 20 (vinte) cartelas, com 02 (dois) comprimidos cada, de Cialis, totalizando 40 (quarenta) comprimidos; e 40 (quarenta) cartelas, com

10 (dez) comprimidos cada, de Rheumazin Forte, totalizando 400 (quatrocentos) comprimidos, além de embalagens vazias, bulas e etiquetas para auxiliar a falsificação de fármacos, o que afasta a desclassificação para o crime de contrabando. 3. No tocante à importação de remédios em desacordo com os regulamentos da vigilância sanitária (ANVISA) a conduta constitui, em tese, o crime previsto no art. 273, 1º-B, incisos I e V, do CP. 4. Em face da desproporcionalidade da pena cominada para o art. 273 do CP, faz-se necessário ajuste principiológico da norma, aplicando-se a analogia in bonam partem da reprimenda prevista na Lei 11.343/2006 que visa a proteger, entre outros, idêntico bem jurídico, qual seja, a saúde pública. Precedentes. [...]. (TRF-4, Relator: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Data de Julgamento: 09/07/2013, SÉTIMA TURMA)

Nesse contexto, até mesmo o Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento no sentido de que é possível aplicar, aos crimes tipificados no artigo 273, do Código Penal, as penas descritas no artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, em razão da manifesta desproporção legislativa:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 1º, 53, 59, II, E 273, § 1º e 1º-B, I e VI, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. MITIGAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273 DO CP. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL ADESIVO. OFENSA AO ART. 44 DO CP. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO ESPECIAL DO PARQUET A QUE SE NEGA PROVIMENTO E APELO ADESIVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA SUBSTITUIR A PENA DA RECORRENTE, ALTERANDO-SE, DE OFÍCIO, O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO. [...]. 2. A Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal,

mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma.³ Tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. [...]. (STJ, Sexta Turma, REsp 915442/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, public. no DJe em 01/02/2011).

Os argumentos utilizados em todos os casos pautam-se na desproporção entre a gravidade da conduta e a gravidade da pena cominada, e, para a aplicação da pena do crime de tráfico de entorpecentes, argui-se que tanto a importação de medicamentos sem o devido registro, quanto o tráfico, tutelam o mesmo bem jurídico, qual seja, a saúde pública, além de serem igualmente classificados como crimes de perigo abstrato.

O professor e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Rogério Greco, adere ao posicionamento no sentido de, por meio da analogia, aplicar a pena do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, fazendo referência à jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.⁸⁷

Para os que defendem a aplicabilidade da pena do crime de tráfico, faz-se necessário renunciar ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em respeito à justiça material, a fim de que a pena aplicável não seja demasiadamente severa ou branda.

Em outras palavras, o artigo 273 não estaria em sintonia com o sistema penal brasileiro e, caso fosse utilizado pelos juízes sem qualquer ponderação, seria contrário a uma interpretação sistemática da legislação penal⁸⁸. E, por consequência, quedamos diante de uma

⁸⁷ “Nos casos de fatos que, embora censuráveis, não assumam tamanha gravidade, deve-se recorrer, tanto quanto possível, ao emprego da analogia em favor do réu, recolhendo-se, no corpo do ordenamento jurídico, parâmetros razoáveis que autorizem a aplicação de uma pena justa, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. ‘A criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena ou, de qualquer modo, beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar-se um princípio contra o fundamento que o sustenta’ (ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito Penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.4). Hipótese em que ao réu, denunciado por introduzir, no território nacional, 06 comprimidos de Cytotec, medicamento desprovido de registro e de licença do órgão de Vigilância Sanitária competente (art. 273, § 1º-B, incisos I, IV e VI, do CP), foi aplicada a pena de 3 anos de reclusão, adotado como parâmetro, o delito de tráfico ilícito de entorpecentes, o qual tem como bem jurídico tutelado também a saúde pública. (...) (TRF, 4ª Reg. Ap. Crim. 2001.72.00.003683-2/SC, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, 8ª T. Porto Alegre – RS, 9/2/2005).” In: GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. – 5. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011. P. 789.

⁸⁸ (...) Face aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido o rigor excessivo empregado pelo legislador na fixação da pena mínima aplicável aos delitos do art. 273, § 1º e § 1º-B, do CP. A interpretação sistemática da legislação penal conduz à adoção da pena mínima aplicável ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) como parâmetro na dosimetria da pena a ser cominada para o delito em tela. 7. Manutenção da pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de

novo tipo penal em que se reúne o preceito primário do artigo 273 do Código Penal com o preceito secundário do artigo 33 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

Capítulo 5

5.1 – Impossibilidade da criação de um novo tipo penal.

Como se verá adiante, a incidência do princípio da proporcionalidade deve ser realizada dentro dos limites impostos pela legislação, sendo incabível aos magistrados emitir juízos valorativos sobre a quantidade da pena adotada pelo legislador, tal como o entendimento assentado no Supremo Tribunal Federal⁸⁹, expresso no Recurso Extraordinário n.º 358.315/MG, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. ANÁLISE SOBRE O FURTO E O ROUBO. CONCURSO DE PESSOAS. PROPORCIONALIDADE ENTRE AS RESPECTIVAS PENAS. Sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal (princípios da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes. Ao Poder Legislativo cabe a adoção de política criminal, em que se estabelece a quantidade de

reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa. 6. Apelação parcialmente provida. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal. (3. Região). Segunda Turma, ACR 201061060027363, Juiz Cotrim Guimarães, public. no DJF3 em 16/12/2010, pág. 118. Disponível em: <<http://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112259654/recurso-criminal-em-sentido-estrito-ccr-7002-pr-5000218-8020134047002/inteiro-teor-112259705>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁸⁹ O posicionamento do Supremo Tribunal Federal também é patente no RE n.º 443.388/SP: “DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, § 1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO. 1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. [...]. 6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, consequentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma. 7. Recurso extraordinário improvido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 443388. Recorrente: Elizeu Antonio Zanatta. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 PP-00375. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602377>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

pena em abstrato que recairá sobre o transgressor de norma penal. Recurso Extraordinário conhecido e desprovido. (RE 358315, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/08/2003, DJ 19-09-2003 PP-00032 EMENT VOL-02124-06 PP-01209)

Registre-se que aqui não se advoga pela constitucionalidade da Lei n.º 9.677/98 e por sua consequente aplicabilidade nas decisões em que foi mitigada. Pelo contrário, assentimos com a violação ao princípio da proporcionalidade, mas discordamos do passo seguinte: a criação de um novo tipo penal cuja propositura e aprovação ocorreu no âmbito do Poder Judiciário.

Sobre a violação ao princípio da proporcionalidade, há vasta doutrina perfilhando tal entendimento. Celso Delmanto, por exemplo, afirma que o aumento das penas violou claramente a Constituição Federal no caso do “(...) art. 273, cuja antiga pena de dois a seis anos de reclusão passou para a inimaginável pena de dez a quinze anos de reclusão.”⁹⁰.

O docente e magistrado Guilherme de Souza Nucci posiciona-se em consonância, comparando a nova pena adotada a partir Lei n.º 9.677/98 com a pena prevista para o crime de homicídio para advogar pela desproporcionalidade:

O grande ponto da modificação trazida pela Lei n.º 9.677/98 foi a elevação abrupta e excessiva da pena de um crime de perigo abstrato, que passou a ser superior à de graves crimes de dano, como é o caso do homicídio simples. (...). Se houve exagero, foi na fixação da pena elevada, que varia de dez a quinze anos. Nesse ponto, sem dúvida, pode-se sustentar a falta de proporcionalidade entre a pena cominada e o possível resultado gerado pelo delito.⁹¹

Face à inexistência da pena, não pode o magistrado criar um novo tipo penal através da comunicação da pena do artigo 33, da Lei de Drogas com o fato típico descrito no artigo 273, do Código Penal, sob pena de violar o princípio da separação de poderes, previsto no

⁹⁰ DELMANTO, p. 693.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pp. 1022-1024

artigo 2º⁹², da Constituição da República, como também a jurisprudência que assevera o compromisso de os magistrados atuarem apenas como legisladores negativos.

Quanto a isso, posicionou-se o Ministro Moreira Alves, quando, ao referir-se ao poder dos juízes de declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, afirmou que *“Esse poder negativo não pode, entretanto, converter-se em positivo, de modo a criar, mediante declaração parcial de inconstitucionalidade de um determinado diploma, uma lei nova, que o legislador jamais votou e, presumidamente, não votaria.”*⁹³.

O poder de “legislador negativo” do Judiciário é recorrentemente tratado pelo Supremo Tribunal Federal, acarretando na formação de vasta jurisprudência^{94 95} no sentido de que é vedado aos órgãos não-legislativos realizar iniciativas e intervenções em matérias que devem ser tratadas exclusivamente pelo legislador.

Respeitando a autoridade da Constituição da República, a incidência do princípio da separação de poderes impõe, tanto à administração quanto à jurisdição, a submissão aos atos normativos elaborados nas casas legislativas, caso contrário, ocorreria o que diz o Ministro Celso de Mello:

⁹² “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” In: BRASIL. Constituição Federal da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 30 abr. 2014.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1379. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Governador e Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1987, DJ 11-09-1987 PP-18988 EMENT VOL-01473-01 PP-00068. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264098>> . Acesso em: 01 maio 2014.

⁹⁴ Cita-se, de maneira exemplificativa: “Os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anomala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. E de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 138344 AgR. Agravante: Mesbla da Amazônia. Agravada: União Federal. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 02/08/1994, DJ 12-05-1995 PP-12989 EMENT VOL-01786-01 PP-00183. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274854>> . Acesso em: 01 maio 2014.

⁹⁵ “Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anomala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. E de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO). - A expressão “lei ou ato de governo local” - que deve ser interpretada em oposição a ideia de lei ou ato emanado da União Federal - abrange, na latitude dessa designação, as espécies jurídicas editadas pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (PONTES DE MIRANDA, “Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, Tomo IV/155, 2a ed., 1974, RT; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “Recurso Extraordinário e Recurso Especial”, p. 119, 1990, RT). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 142348 AgR. Agravante: Sid Microletrônica S/A. Agravada: União Federal. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 02/08/1994, DJ 24-03-1995 PP-06807 EMENT VOL-01780-03 PP-00407. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275285>>. Acesso em: 01 maio 2014.

(...) o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa (...) – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.⁹⁶

Desde que realizado com temperamentos, atento para o risco de atuar como legislador, é notório que o dogma da liberdade absoluta do legislador para determinação dos fins legais é matéria superada no Estado Democrático de Direito, sendo plenamente possível que exista controle judicial, pois “(...) *um juízo de proporcionalidade desenvolvido em sede de controle de constitucionalidade da lei por um órgão tal como o Judiciário parece constituir, antes de uma invasão em seara alheia, um acréscimo para a democracia.*”⁹⁷

5.2 – Críticas à utilização da pena do crime de tráfico de drogas.

5.2.1 - Nulidade do ato normativo em decorrência da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, do Código Penal.

Conforme o exposto, os tribunais deixavam de aplicar a pena de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão do artigo 273, do Código Penal, sob o argumento de que havia uma violação ao princípio da proporcionalidade, o que, ao final, representava uma declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito secundário da referida norma.

Entretanto, o fato típico entabulado no preceito primário do artigo 273 era mantido em sua integralidade, aplicando a pena de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, de modo que, por iniciativa do Poder Judiciário, estava sendo criado um novo tipo penal.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22690. Impetrante: João Viane Gomes Rocha e Outro. Impetrado: Joelina Pereira Marinho. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1997, DJ 07-12-2006 PP-00036 EMENT VOL-02259-02 PP-00257 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 201-210. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393968>> . Acesso em: 01 maio 2014.

⁹⁷ BARROS, p. 210

Tal situação não pode subsistir quando há a declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a norma tida por inconstitucional torna-se eivada de nulidade e, como efeito, deve ser considerada inexistente.⁹⁸

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram alvo de ampla discussão, questionando-se sobretudo a natureza jurídica da norma inconstitucional – inexistente, nula ou anulável -, mas, ao final, sobressaiu o entendimento de que seria nula com base na doutrina norte-americana desde o caso *Marbury v. Madison*.⁹⁹

Por conseguinte, quando há o reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, do Código Penal, atesta-se a invalidade da norma, o que resultará em sua ineficácia¹⁰⁰, de modo que não poderá subsistir.

Assim, há um vício prévio que a torna incapaz de gerar qualquer efeito, conforme determina o Ministro Luís Roberto Barroso:

Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determina norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, *ex tunc*. De fato, corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações (...)¹⁰¹

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 348.468/MG, o Ministro Gilmar Mendes posiciona-se a favor da tese de nulidade da norma declarada inconstitucional, alertando para o

⁹⁸ “A consequência da declaração de inconstitucionalidade ‘é a ineficácia do ato legislativo em face da recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos que lhe são submetidos’. Os tribunais não anulam os atos do Congresso, lembrava Rui Barbosa. Não obstante, estão os tribunais autorizados a reconhecer a nulidade de uma lei em relação a um caso concreto. A lei contrária à Constituição, ensina Buzaid, ‘é irrita e nula e não apenas anulável, porém só para as partes litigantes, se apreciada na espécie [...]’. Por isso, a decisão do tribunal, uma vez passada em julgado é, em relação ao caso, final, inatacável, definitiva, produzindo, quanto à lei, efeito *ex tunc*, tal como se ela (a lei declarada inconstitucional) ‘jamais houvesse existido – *is as though it never existed*’. No direito brasileiro, portanto, assim como no americano, da declaração incidental de inconstitucionalidade decorre, para o caso, a nulidade do ato e, por isso, a decisão judicial fulmina a relação jurídica fundada no ato viciado (...)” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 112.

⁹⁹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade. Teoria e Prática**. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2010. p. 149.

¹⁰⁰ “A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada.” BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.

¹⁰¹ Ibidem, p. 137.

fato de que a concessão de alguma eficácia ao ato inconstitucional representaria uma espécie de desconsideração da Carta Magna.¹⁰²

Com a declaração de inconstitucionalidade apenas do preceito secundário do artigo 273, do Código Penal, temos como resultado um fato típico sem a respectiva pena em razão da decretação parcial de nulidade. Assim, esta situação requer a análise da possibilidade de subsistência autônoma do preceito primário, o qual não foi atacado pela inconstitucionalidade.¹⁰³

Neste contexto, cumpre fazer referência a três possibilidades consideradas pelo Ministro Gilmar Mendes quando se constata uma relação de dependência ou de interdependência entre a parte atingida e a parte não atingida pelo vício da inconstitucionalidade: (i) declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral, (ii) declaração de inconstitucionalidade em virtude da chamada dependência recíproca e (iii) declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento.¹⁰⁴

Considerando as categorias elencadas pelo professor Gilmar Mendes, entendemos que no caso do artigo 273, do Código Penal haveria a dependência recíproca entre os preceitos primário e secundário da norma, pois, diante da inconstitucionalidade da pena, o texto tornar-se-ia incompleto e incapaz de ser executado em conformidade com as intenções do legislador.

Tal entendimento se sustenta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente na Representação n.º 1379/MG¹⁰⁵, de relatoria do Ministro Moreira Alves, na

¹⁰² “Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual ‘*the unconstitutional statute is not law at all*’ (...), significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre a inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 348468. Recorrente: Município de Cristais. Recorrido: Gisele Rocha Athaide e outros. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-02 PP-00387 RTJ VOL-00216- PP-00518. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608261>> . Acesso em: 02 maio 2014.

¹⁰³ MENDES, p. 1362.

¹⁰⁴ “O Supremo Tribunal Federal também profere a declaração de inconstitucionalidade total de uma lei se identifica relação de dependência ou de interdependência entre suas partes constitucionais e inconstitucionais. Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional. Trata-se aqui de uma declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral. A indivisibilidade da lei pode resultar, igualmente, de uma forte integração entre as suas partes. Nesse caso, tem-se a declaração de inconstitucionalidade em virtude da chamada dependência recíproca. A dependência ou interdependência normativa entre dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial. É o que a doutrina denomina de declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento.” (MENDES, pp. 1361-1362)

¹⁰⁵ REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA DUPLO DE VENCIMENTOS E DE VANTAGENS PARA A MAGISTRATURA DA MESMA CARREIRA E INCONSTITUCIONAL. NO CASO,

qual se declara a inconstitucionalidade de um ato normativo ainda que seja parcial a inconstitucionalidade:

Por isso – colhe-se, por exemplo, em Lúcio Bittencourt (O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, 1949, p.125) -, só é lícito a declaração de inconstitucionalidade parcial da lei, se, subtraídas as partes inválidas, ‘ainda existe texto completo, inteligível e válido, capaz de ser executado e conforme ao propósito ou intento geral da legislatura. (grifamos).

Se, ao contrário, eliminadas as disposições inconstitucionais, o que resta importa em permitir o que a lei votada pretendeu proibir ou vedar o que, nela, se quis facultar, em conceder o que o legislador negara ou negar o que se concedera, é de presumir que a legislatura não teria votado a parte subsistente, se desacompanhada da que se reputou inválida (cf. Cooley, apud Bittencourt, p. 126). A única solução, aí, será declarar a inconstitucionalidade total, ainda que, in abstracto, o vício não atingisse todos os dispositivos da lei.¹⁰⁶

DECLARA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DE TODA A SISTEMÁTICA, PORQUE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL IMPORTARIA VERDADEIRA CRIAÇÃO DE UMA LEI NOVA, NÃO VOTADA PELO LEGISLATIVO, QUE, PRESUMIDAMENTE, NÃO A VOTARIA POR AFASTAR-SE DA ORIENTAÇÃO QUE PRESIDIU A SUA FEITURA. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS OS ARTIGOS TERCEIRO, QUARTO (E SEU PARÁGRAFO ÚNICO), QUINTO (E SEUS PARÁGRAFOS) E SEXTO DA LEI 9.262, DE 11 DE SETEMBRO DE 1986, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. RESSALVA QUANTO AO ANEXO II DA REFERIDA LEI. (Rp 1379, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1987, DJ 11-09-1987 PP-18988 EMENT VOL-01473-01 PP-00068) (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264098>)

¹⁰⁶ Ibidem, p. 15.

5.2.2 - Incidência dos princípios penais e a impossibilidade da aplicação da pena do artigo 33 da Lei de Drogas.

A manutenção do preceito primário do artigo 273, do Código Penal encontra barreira também no princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX¹⁰⁷, da Constituição Federal, certo que diante da inexistência da pena, esta não pode ser criada pelo juiz.

A expressão latina “*nullum crime, nulla pena sine lege*” nos informa que um tipo incriminador não subsistirá sem que a ele esteja vinculada uma pena, já que, diante da ausência desta, a norma penal perde seu caráter sancionador.

Seguindo este raciocínio, a reserva legal não está restrita ao poder de tipificar condutas como sendo criminosas, mas também à necessidade de se fixar a pena, a fim de que o cidadão-alvo das incriminações conheça de antemão as consequências resultantes da prática delituosa, conforme dispõe o professor Cezar Roberto Bitencourt:

(...) precisa-se ter presente que o *princípio da reserva legal* não se limita à tipificação de crimes, estendendo-se às suas *consequências jurídicas*, especialmente à pena e à medida de segurança, caso contrário, o cidadão não terá como saber quais são as consequências que poderão atingi-lo. Daí a afirmação de Roxin de que ‘a doutrina exige, em geral com razão, no mínimo, a fixação da modalidade de pena’.¹⁰⁸

O equívoco perpetrado pelos tribunais quando da aplicação analógica da pena do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006. baseia-se, também, na problemática relação do direito penal com a analogia, mecanismo utilizado para preencher lacunas a partir da constatação da inexistência de norma legal específica, conforme doutrina de Francisco de Assis Toledo¹⁰⁹.

¹⁰⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” In: BRASIL. Constituição Federal da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso em: 03 maio 2014.

¹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. – 15 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

¹⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 26-27

No tocante ao tema da analogia, é importante diferenciá-la da interpretação analógica, pois terão funções distintas na prática. Nesse sentido, a analogia não é uma forma de interpretação, e sim uma forma de aplicação da norma, de integração do sistema jurídico com o intuito de completar espaços negligenciados pela legislação.

Ou seja, a aplicação da analogia suceder-se-á diante da ausência da lei, de acordo com o entendimento de Cezar Bitencourt:

A finalidade da interpretação é encontrar a “vontade” da lei, ao passo que o objetivo da analogia, contrariamente, é suprir essa “vontade”, o que, convenhamos, só pode ocorrer em circunstâncias carentes de tal vontade. A analogia, na verdade, como pontificava Bettiol⁵⁸, “consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto.”¹¹⁰

A partir do ensinamento acima citado, torna-se evidente que a analogia não é vedada no direito penal, mas depende da ausência de legislação, da inoperância do Poder Legislativo, a fim de suprir a vontade do legislador. Todavia, o caso tratado no presente trabalho não se enquadra nesta exigência quando constatamos que a aplicação analógica dos tribunais aconteceu diante da falta de acurácia legislativa, de uma norma marcada pela nulidade, e não de uma omissão por parte do legislador.

Ademais, quando nos deparamos com o papel prestado pela analogia, qual seja, a “*integração do sistema jurídico*”¹¹¹, é necessário repisar que a fragmentariedade nos informa o caráter descontínuo do direito penal, exigindo do aplicador do direito que se abstenha de preencher lacunas¹¹², as quais não são fruto do acaso, mas intencionais¹¹³.

Nesse ponto, encontra-se doutrina abundante realizando a comparação e a diferenciação entre o direito penal e o direito civil no que se refere à incidência da analogia.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. – 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 217.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 159.

¹¹³ MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal: parte geral. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 57.

Assim, com intuito exemplificativo, nos servimos dos dizeres do professor Eugenio Raúl Zaffaroni para explicar a referida distinção:

O direito civil provê a segurança jurídica resolvendo todos os possíveis conflitos que se suscitam entre particulares, evitando que se faça justiça pelas próprias mãos, o que significaria a ‘guerra civil’ (de todos contra todos). Daí que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei (art. 126 do CPC) e ser crime ‘fazer justiça com as próprias mãos’ (art. 345 do CP). Como o direito civil não cumpre sua função de segurança jurídica se deixar de resolver algum conflito, deve apresentar-se como um sistema contínuo, sem lacunas. (...). Como o direito penal é um sistema descontínuo, a própria segurança jurídica, que determina ao juiz o recurso à analogia no direito civil, exige aqui que se abstenha de semelhante procedimento.¹¹⁴

Além da fragmentariedade, há outros motivos que ensejam a impossibilidade de aplicação da analogia no direito penal, sendo a doutrina divergente quanto a esta motivação. No entender de Francisco de Assis Toledo, o óbice à analogia decorre do princípio da legalidade.¹¹⁵

Por outro lado, de acordo com Luiz Alberto Machado, a analogia encontra obstáculo no princípio da tipicidade, e não no princípio da legalidade, o que é explicado pelo fato de se admitir a analogia na parte geral do código, onde vige o princípio da legalidade, podendo, portanto, haver criação analógica de causas excludentes da tipicidade material, por exemplo. Enquanto isso, na parte especial, vale-se do princípio da tipicidade para negar a possibilidade de, através da analogia, criar novas tipificações.¹¹⁶

Dessa forma, levando em conta (i) a inexistência do tipo pela declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, do Código Penal, (ii) a impossibilidade de o Poder Judiciário usurpar a competência legislativa, e (iii) a impropriedade de se utilizar a analogia para criar um novo tipo penal a partir da junção do

¹¹⁴ ZAFFARONI, pp. 157-158.

¹¹⁵ “Outro corolário do princípio da legalidade é a proibição da aplicação da analogia para fundamentar ou agravar a pena (*analogia in malam partem*). A analogia, por ser uma forma de suprirem-se lacunas da lei, supõe, para sua aplicação, a inexistência de norma legal específica.” TOLEDO, p. 26.

¹¹⁶ MACHADO, pp. 57-58.

preceito primário do artigo 273, CP, com a pena do artigo 33, da Lei de Drogas, faz-se necessário amoldar a outro tipo penal já existente a conduta de importar medicamentos sem a autorização do órgão de vigilância competente.

Isso pois, a aplicação da pena prevista na Lei n.º 11.343/2006 significaria considerar que a importação de medicamentos seria um típico tráfico de drogas. Por que não utilizar-se, então, da pena do crime de homicídio ou de tortura? Para que isso não ocorra, deve-se afastar integralmente a aplicação da norma inconstitucional, e, em seguida, verificar se em decorrência deste afastamento ocorrerá a atipicidade absoluta ou apenas relativa¹¹⁷.

5.3 – Importação de medicamentos sem autorização dos órgãos de vigilância sanitária como típica do artigo 334, do Código Penal.

No caso, verifica-se a ocorrência da atipicidade relativa, já que no corpo legislativo criminal encontramos o artigo 334, do Código Penal, referente ao crime de contrabando, cujo bem jurídico tutelado, de acordo com Cezar Bitencourt, “(...) *é a moralidade pública com a repressão de importação e exportação de mercadoria proibida, que, podem, inclusive, produzir lesão à saúde pública, à higiene etc. (...)*”¹¹⁸.

Por conseguinte, encontra-se na materialidade do crime de contrabando a importação de mercadoria proibida, o que, de fato, se amolda ao que pretende coibir o legislador com o artigo 273, §1º e §1º-B, do Código Penal ao criminalizar a importação de medicamentos sem a autorização da autoridade sanitária.

A desqualificação do delito descrito na denúncia é faculdade conferida ao juiz, desde que para tanto não seja necessário alterar o contexto fático contido na peça exordial do Ministério Público, conforme determina o artigo 383, do CPP¹¹⁹, o qual autoriza a *emendatio libelli*¹²⁰.

¹¹⁷ “Diz-se relativa a atipicidade quando, pela ausência de uma elementar, ocorre a desclassificação do fato para outra figura típica.” GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. – 13. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 170.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 306.

¹¹⁹ “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).”. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

¹²⁰ “Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai o seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. *Narra-me o fato que te darei o direito*, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da escolha do autor da ação, mas de imposição legal. Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão a correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado, e

Novamente, necessária a diferenciação da sentença penal para a sentença cível, certo que nesta o provimento final deve estar alinhado e ajustado ao pedido formulado pelas partes, sob o risco de sobrevir uma sentença *extra, citra ou ultra petita*. Em caminho diverso, o juízo criminal está vinculado apenas à imputação dos fatos, enquanto o juízo de tipicidade, a qualidade e a quantidade de pena dependem da percepção e da adequação típica realizadas pelo órgão julgador ¹²¹.

O princípio da correlação, por óbvio, ocorrerá no processo penal em respeito ao princípio do devido processo legal, mas estará vinculado apenas aos fatos narrados na peça acusatória, conforme afirma o professor Eugênio Pacelli:

Entretanto, deve ser assinalado, de modo a não deixar qualquer dúvida, que, do mesmo modo que ocorre em relação ao processo civil, feita a adequação necessária, o princípio da correlação funciona como garantia do indivíduo ao devido processo legal. Assim, o réu não poderá jamais ser condenado pela prática de fato não constante da denúncia ou da queixa, ou ainda por fato diverso daquele ali mencionado, sem que antes de proceda à correção da inicial, consoante se verá nos tópicos seguintes.¹²²

Finalmente, posiciona-se de acordo com a deliberação de parte da jurisprudência que, diante da inconstitucionalidade da pena do artigo 273, do Código Penal, desclassifica-se a conduta para o crime de contrabando previsto no artigo 334, do mesmo Código, nos seguintes termos:

PENAL. TRÁFICO DE MUNIÇÕES E MEDICAMENTOS. ARTIGO 18 DA LEI 10.826/03. ART 273, § 1º E § 1º-B, I, DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS PARA O CRIME DE CONTRABANDO. ART. 334 DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO. CEGUEIRA DELIBERADA. DOSIMETRIA.

efetivamente provado (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável *emendatio*) ao tipo penal previsto na lei.” In OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 16. ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 104, de 8 de dezembro de 2011. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 640.

¹²¹ Ibidem, p. 638.

¹²² Ibidem.

[...]6. O bem juridicamente tutelado no art. 273 do Código Penal é a saúde e incolumidade pública, não tipificando esta conduta quando os medicamentos trazidos não têm o condão de ofendê-lo, dada a quantidade e natureza dos medicamentos importados. 7. Opera-se a desclassificação do delito previsto no art. 273 para o art. 334 do Código Penal em se tratando de internalização de quantidade de medicamentos com baixa exposição de risco à saúde e à economia popular. 8. Levando-se em conta a variedade e a natureza dos medicamentos internalizados, e também das munições apreendidas, é de se considerar negativamente a vetorial culpabilidade, a qual reflete o grau de censurabilidade da conduta do agente na prática do contrabando. 7. Dispõe o art. 383 do CPP: "O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave." (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000625-16.2009.404.7002/PR, TRF-4, Relator: GILSON LUIZ INÁCIO, Data de Julgamento: 02/04/2014, OITAVA TURMA)

Não poderia ser outra a conclusão diante da problemática envolvendo o artigo 273, do Código Penal, bem como as alterações oriundas da Lei. n.º 9.677/98, com a exasperação das penas que não atende à proporcionalidade. Com a consequente declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário da referida norma, não havia opção senão a desclassificação da conduta, amoldando-a ao artigo 334, do Código Penal, sob pena de violar-se o princípio da separação de poderes e o caráter fragmentário do direito penal.

CONCLUSÃO

Por intermédio do presente trabalho, tentou-se destrinchar a Lei n.º 9.677/98, para compreender a motivação que conduziu o legislador a alterar o Código Penal no que tange aos crimes contra a saúde pública, que passou a tipificar diversas condutas antes não previstas, como também agravou consideravelmente as penas.

A partir da análise do processo legislativo e do contexto que circundou a elaboração da referida Lei, foi possível verificar as peculiaridades que envolveram a tramitação dos projetos de lei sobre o tema no Congresso Nacional, que se encontrava sob a pressão da opinião pública desejosa de respostas imediatas aos casos relatados pela mídia.

Os documentos analisados durante a elaboração do trabalho não deixaram dúvidas quanto à forma como se deu o processo de elaboração da Lei n.º 9.677/98. Ressalte-se o número de projetos que se apinharam na Câmara dos Deputados com idênticos objetivos e justificativas, sem, entretanto, manifestarem qualquer referência a dados estatísticos, trabalhos acadêmicos ou quaisquer estudos que explicassem o afã dos parlamentares.

Ficou claro o papel da mídia, especialmente da televisão, na formação da opinião e na tomada de decisão por parte dos órgãos legislativos. Isso porque todos os projetos analisados, sem exceção, baseavam suas propostas em notícias televisivas e nos graves episódios retratados pela mídia.

A influência exercida pela televisão demonstrou-se prejudicial ao processo legislativo, pois o sensacionalismo e a transfiguração de fatos isolados em uma suposta proliferação de organizações criminosas voltadas para a prática de crimes contra a saúde pública impediram a discussão ampla e racional sobre a necessidade e a viabilidade de se incrementar as tipificações e agravar penas.

Não foi possível determinar se as opções legislativas decorreram da carência de conhecimento técnico por parte dos parlamentares ou se havia uma crença real na capacidade de o direito penal resolver os problemas sociais e diminuir os índices de criminalidade a partir da intensa atividade legislativa e da exacerbação de penas. O que se viu, contudo, foi a instrumentalização da política criminal como palanque para comportamentos populistas.

Decerto, o direito penal jamais será capaz de resolver todos os casos que surgem diariamente, e tal constatação baseia-se em uma análise histórica dos textos penais que buscavam alcançar a completude, mas que se encontravam sempre em desvantagem com relação à realidade. Dessa forma, a legislação penal baseada em casuísmos não será capaz de solucionar as adversidades que irrompem a todo momento.

A submissão dos parlamentares e da agenda legislativa à pauta escolhida pela mídia foi, portanto, responsável pela elaboração de uma lei maculada pela falta de técnica e pelo total descompasso com o sistema penal, exigindo do Poder Judiciário uma intervenção para declará-la inconstitucional diante dos casos que passaram a tramitar através de ações penais.

A solução encontrada pelos tribunais, de declarar a inconstitucionalidade da pena do artigo 273, do Código Penal e aplicar por analogia a pena do crime de tráfico de drogas, não foi, contudo, a mais correta, pois resultou na criação de um novo tipo penal e, por conseguinte, na usurpação da competência legislativa exclusiva do parlamento.

Outrossim, é inerente à declaração de inconstitucionalidade a nulidade do ato normativo maculado, de modo que não poderia subsistir o preceito primário do artigo 273 quando a pena, o preceito secundário, é nula. Ora, se não há pena, como pode perdurar um tipo penal?

Ressalte-se que a analogia utilizada pela jurisprudência, além de violar a separação de poderes, ofende princípios do direito penal como a legalidade e a tipicidade, e desconsidera o caráter fragmentário deste ramo do direito. Diferentemente do direito civil, onde as omissões da lei não podem servir de escusa para a atividade jurisdicional, o direito penal tem lacunas intencionais, vazios propositais que não podem ser preenchidos pelo juiz.

Por óbvio, não se advoga pela absolvição daqueles que praticam o ilícito, mas, igualmente, não compartilhamos o entendimento de que se deve condenar a partir da conjunção entre tipos penais. Àquele que responde ao processo criminal deve subsistir a condenação caso haja elementos que o incriminem, mas a pena a ser aplicada deve ser justa e conhecida de antemão.

Diante de todo o exposto, considerando a inafastabilidade da jurisdição, a vinculação do juízo criminal apenas aos fatos narrados e a nulidade do artigo 273, §1º e §1º-B, inciso I, do CP, através da declaração incidental de inconstitucionalidade, defende-se que se faça a desclassificação da conduta de importar medicamentos sem a autorização da autoridade sanitária competente para o crime de contrabando, previsto no artigo 334, do Código Penal, cujo bem jurídico tutelado é a moralidade pública, mediante a repressão da importação de mercadorias proibidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **A Delinquência juvenil em São Paulo: mitos, imagens e fatos**. Pro-Posições. v. 13, n. 3 (39), set./dez. 2002, p. 49. Disponível em < <http://www.nevusp.org/downloads/down231.pdf>>.

_____. **Insegurança versus direitos humanos : entre a lei e a ordem**. Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 11, n. 2, 1999. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701999000200008&lng=pt&nrm=iso>

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 212.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. – 15 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. – 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 15. ed. – São Paulo: Malheiros.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão: Seguido de a influencia do jornalismo e os jogos olimpicos**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2003. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>.

_____. Lei n.º 9.677, de 02 de julho de 1998. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19677.htm>.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

_____. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Discussão sobre o substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.207/98. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25JUN1998.pdf#page=177>>.

_____. Projeto de Lei nº 106/2007, de 12 de fevereiro de 2007. Disponível em<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340492>>.

_____. Projeto de Lei nº 4.207/98, de 04 de março de 1998. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219655>> .

_____. Projeto de Lei nº 4.531/98, de 20 de maio de 1998. Disponível em<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02JUN1998.pdf#page=51>>.

_____. Projeto de Lei nº 4.533/98, de 21 de maio de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25AGO1998.pdf#page=117>>.

_____. Projeto de Lei nº 4.535/98, de 21 de maio de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26AGO1998.pdf#page=159>>.

_____. Projeto de Lei nº 4.561/98, de 27 de maio de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03JUN1998.pdf#page=91>>.

_____. Projeto de Lei nº 4.575/98, de 02 de junho de 1998. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03JUN1998.pdf#page=91>>.

_____. Projeto de Lei nº 4.628/98, de 18 de junho de 1998. Disponível em<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19JUN1998.pdf#page=141>>.

_____. Projeto de Lei nº 4.642/98, de 26 de maio de 1998. Disponível em <<http://www..camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223194>> .

_____. Projeto de Lei nº 4.642/98. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03JUN1998.pdf#page=91>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915442/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Vilma Maria Segalin. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200700109449&dt_publicacao=01/02/2011>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Voto-vista no REsp 915442/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Vilma Maria Segalin. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011. (https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200700109449&dt_publicacao=01/02/2011).

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 167320/PR. Impetrante: Eduardo Tergolina Teixeira. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4 Região. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013. p. 6. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000567498&dt_publicacao=11/09/2013>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 240096. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Nelina de Sousa Calil. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/03/1999, DJ 21-05-1999 PP-00033 EMENT VOL-01951-13 PP-02677 (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256635>).

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_33.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 443388. Recorrente: Elizeu Antonio Zanatta. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 PP-00375. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602377>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rp 1379. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Governador e Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1987, DJ 11-09-1987 PP-18988 EMENT VOL-01473-01 PP-00068. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264098>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 142348 AgR. Agravante: Sid Microeletrônica S/A. Agravada: União Federal. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 02/08/1994, DJ 24-03-1995 PP-

06807 EMENT VOL-01780-03 PP-00407. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275285>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 138344 AgR. Agravante: Mesbla da Amazônia. Agravada: União Federal. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 02/08/1994, DJ 12-05-1995 PP-12989 EMENT VOL-01786-01 PP-00183. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274854>> .

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 22690. Impetrante: João Viane Gomes Rocha e Outro. Impetrado: Joelina Pereira Marinho. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1997, DJ 07-12-2006 PP-00036 EMENT VOL-02259-02 PP-00257 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 201-210. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393968>> .

_____. Tribunal Regional Federal. (3. Região). Segunda Turma, ACR 201061060027363, Juiz Cotrim Guimarães, public. no DJF3 em 16/12/2010, pág. 118. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112259654/recurso-criminal-em-sentido-estrito-rcr-7002-pr-5000218-8020134047002/inteiro-teor-112259705>>.

_____. Tribunal Regional Federal. (3. Região). Apelação criminal n.º 0002736-35.2010.4.03.6106/SP. Apelantes: Justiça Pública e Daniel Venancio de Paula. Apelados: os mesmos. Relator: Juiz Cortim Guimarães. São Paulo, 14 de dezembro de 2010. Disponível em
<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1026368>> .

_____. Tribunal Regional Federal. (4. Região) - ACR: 50054804520124047002 PR 5005480-45.2012.404.7002. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Cátia Cilene Ramos de Oliveira. Relator: Márcio Antônio Rocha. Data de Julgamento: 03/06/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 05/06/2014) Disponível em: < <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122805042/apelacao-criminal-acr-50054804520124047002-pr-5005480-4520124047002>>.

_____. Tribunal Regional Federal. (4. Região) - ACR: 50122419220124047002 PR 5012241-92.2012.404.7002. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Pedro Gonzalez Sosa. Relator: Márcio Antônio Rocha. Data de Julgamento: 08/04/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/04/2014). Disponível em: < <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115740668/apelacao-criminal-acr-50122419220124047002-pr-5012241-9220124047002>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. - 6. ed. rev. – Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 618.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRADE, Laura. **O que o Congresso Nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade**. 2007. 271 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/1450>>

GAZOTO, L. W. **Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. 2010. 377 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/6661>>

GOMES, Luiz Flávio. **A pena. Como e quando punir**. In. FERRAJOLI, Luigi (org.). **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. – 5. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**. – 13. Ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade. Teoria e Prática**. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. de acordo com as Leis nº 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 104, de 8 de dezembro de 2011. – São Paulo: Atlas, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ILANUD/Brasil. Relatório final de pesquisa: A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal. Disponível em <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolsist/Relatorio%20ILANUD%20-%20A%20Lei%20dos%20Crimes%20Hediondos%20como%20instrumen.pdf/view>>.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTO, Maria Stela Grossi. **Mídia, segurança pública e representações sociais**. Tempo soc. v. 21, n. 2. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702009000200010&lng=pt&nrm=iso>

TAVARES, Juarez. **Os Objetos simbólicos da proibição : o que se desvenda a partir da presunção de inocência**. Disponível em < http://www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf>

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.